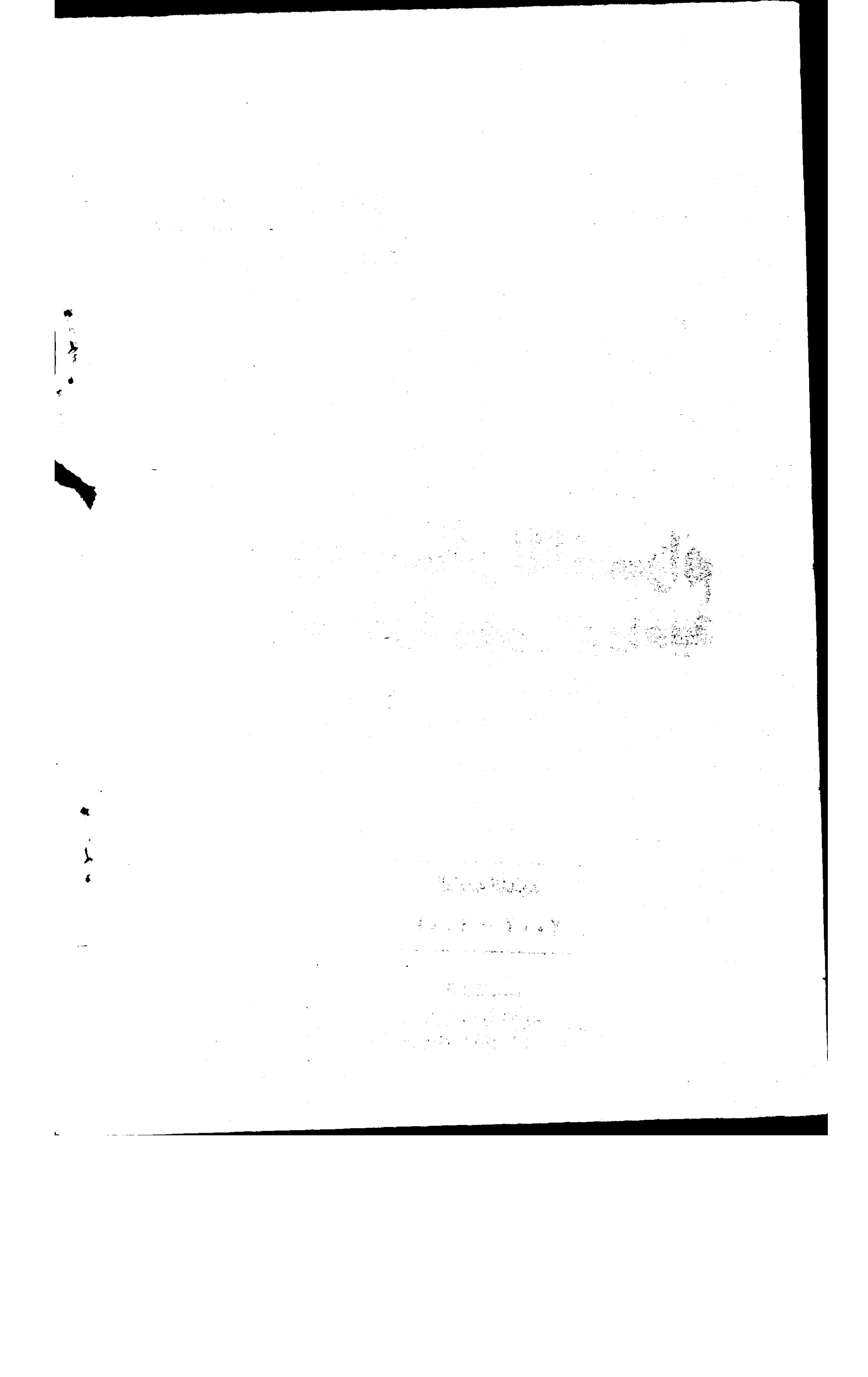
دكتـــور
عبد اللـــه مبروك النجار
أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف

مصـــادر الالتـــزام
الإرادية وغير الإرادية

الطبعة الثانية
٢٠٠١ - ٢٠٠٢

النـــاشــــر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة




بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديـــم

الحمـــد لله وحـــده ، والصـــلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمـــد بن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة ، اللهم صلى وسلم عليه وعلـــى آله وأصحابه وأتباعه ، ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين .

وبعد ؛ .

فإن دراسة مصادر الالتزام تمثل أهمية خاصة للدارسين وللباحثين وللـــناس جمـــيعاً علـــى درجـــة ســـواء ، ذلك أنها تمثل الأسباب القانونية والشـــرعية التـــي تشـــغل بمقتضاها ذمتهم تجاه غيرهم بشيئ يتعين أداؤه أوعمـــل يجـــب القـــيام بـــه أو كف؛ ينبغي التزامه ، والتزامهم بأداء تلك الحقـــوق لغيرهم ليس التزاماً مجرداً عما يقابله ، بل هو مقترن به ، فإذا لم يقومـــوا بأداء ما عليهم اختياراً ، فإنهم يجبرون على القيام به ، ولاشك أن مثل تلك الأسباب تمثل حالة غير عادية في حياة الناس ، لأنها تجافي براءة الذمـــة الثابـــتة أصـــلاً لكل انسان ، حيث لا يولد أحد وهو مشغول الذمة بحـــق لغيره ، وإنما ينزل من بطن أمه بريئاً من الالتزام لغيره خالي الذمة مـــن تعلـــق أي حـــق لأحد من الناس ، ويظل أمره على هذا المنوال حتى تـــتوافر فيه الأهلية التي تصلح بها لأن تشغل ذمته بالالتزامات التي تجب علـــيه لغيره وتخرجه من حالة البراءة الأصلية إلى حال الالتزام والمساءلة ولذلـــك كانت المسئولية عن حقوق الناس أمراً عارضاً ووضعاً طارئاً على تلك البراءة الأصلية ، بل استثناء عليها .

ولما كان أمرها على هذا النحو ، وكان لها من الأسباب ما يبررها ويـــؤدي إلـــى تحققها ، كان من الضروري إلقاء الضوء على تلك الأسباب بمـــا يجليها ويبين مضمونها وشروطها والطوارئ التي تعتريها ، حتى ينشأ الالـــتـــزام علـــى أســـاس قانونـــي سليم ، وحتى تستبين حدوده وينضبط مضـــمونه ، وتـــتحقق المســـاءلة عنه على نحو صحيح ؛ ذلك من الناحية

القانونية ، أما من الناحية الشرعية ، فإنه من المعلوم أن الله – تبارك وتعالى – قد جعل أخذ أموال الناس وتبادل المعاملات فيما بينهم قائما على أساس التراضي ، وورد النص على ذلك في كتاب الله – تعالى – وسنة نبيه محمد – صلى الله عليه وسلم – وإجماع أهل أمته قال الله تعالى : " ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " ، وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – : " لا يحل لامرئ من مال إلا ما طابت به نفسه " ، حيث دلت الآية الكريمة ، والحديث الشريف على أن الرضا وما تطيب به نفس الانسان تجاه صاحبه في التعامل هو أساس حل المال والانتفاع به ، وعلى هذا انعقد إجماع علماء الأمة من لدن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد ، فلا يجوز الاستيلاء على المال أو حيازته بغير طريق التراضي مهما بدا في غيره من ملامح الوجاهة التي قد تسوغ حصوله ، فإنه في أي حالة ، وعلى أية صورة لا يمكن أن تمثل بديلاً عن التراضي أو ملغياً له ، وعليه فلا يسوغ أكل مال الناس بالغصب أو السرقة أو الاختلاس ، أو الرشوة أو الربا ، أو بما يؤثر على صحة الرضا كالغلط والتدليس والاكراه والغبن والاستغلال ومن باب أولى ما يعدم ذلك الرضا ويجعله غير موجود عند التعامل .

وهذا حق ، فإن الرضا هو أساس استقرار المجتمع ، وهو الوسيلة التي يتحقق بها الأمن فيه ، فإن جل دوافع الجرائم المهددة له إنما تكمن في الظلم الناشئ عن أكل أموال الناس بالباطل ، وفي نظرنا أن مصادر الالتزام تمثل الأسلوب العصري الملائم لإعمال الرضا الذي شرعه الله – عز وجل – والتقنين العملي لوجوده ، ولذلك كان الإلمام بها ومعرفتها من الأمور المفيدة على المستويين القانوني والشرعي ، وكان هذا الإلمام مما يهم الجميع لذلك .

وهذه الدراسة تستهدف تجلية أهم المبادئ المتعلقة بمصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، حرصت على بيانها بأسلوب سهل ميسر وإيجاز

ـير مخل يلائم ، مستوى الطالب المبتدي في دراسة القانون ، على نحو
يؤهله للمعرفة الصحيحة بأحكام تلك المصادر ومبادئها ، والتأهيل للدراسة
المتعمقة فيها ، وجاءت موضوعاتها شاملة لكافة أنواع المصادر القانونية
للالتزام ، الإرادية منها وغير الإرادية على السواء .

وإنــه ليسعدني أن أقدمها لطلاب العلم والباحثين ، راجياً أن تكون
خــير معين لهم في الإلملم بموضوعها والاستفادة منها ، داعيا الله – تبارك
وتعالى – أن تكون مفيدة ومحققة للغرض المقصود من تأليفها .

وفقنا الله جميعاً لما يحب ويرضى ، فهو سبحانه الموفق والمعين .

القاهرة ٢٢/١٠/١٤٢٢هـ
٦/١/٢٠٠٢م

دكتـــور
عبد اللــه مبروك النجار
استاذ القانون المدني بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف

تمهيد

للتعرف بالالتزام وبيان مصادره إجمالاً

يطلق الالتزام لغة : ويراد به الوجوب والثبوت ، فيقال لزم الشيىء أي ثبت ودام وقد يتعدى بالهمزة ، فيقال : ألزمته ، أي أوجبت عليه .

وفي فقه القانون يعرف الالتزام بأنه : " رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقاً عينياً ، أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل ".

ويبدو من هذا التعريف أن للالتزام عدة خصائص هي :

أولاً : الالتزام رابطة قانونية ، فهو يتكون من عنصرين : عنصر المديونية ، وعنصر المسئولية ، والأول يلقي على المدين واجب القيام بما عليه من الالتزام ، والثاني : يمكن به إجبار المدين على أداء ما عليه إذا لم يقم بتنفيذ التزامه من تلقاء نفسه ، ويلاحظ أن أمر الوفاء إذا كان متروكاً لإرادة المدين دون أن يكون للدائن إجباره على الوفاء إذا امتنع عنه ، فإننا لا نكون بصدد التزام بالمعنى القانوني الدقيق ، وإنما نكون بصدد التزام لا جبر فيه ، وهو التزام طبيعي أو واجب خلقي أو ديني .

ثانياً : يجب أن يتعين شخص الدائن والمدين ؛ ذلك أن الالتزام لا يتصور وجوده ، إلا إذا وجد من يتحمل به وهو المدين ، أما الدائن الذي تقرر الالتزام لمصلحته ، فمن المتصور عدم وجوده أو عدم تعينه عند نشأة الالتزام ، وذلك كما في حالة الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور لمن يقوم بعمل معين ، كالقيام برد شيئ مفقود ، ففي هذه الحالة يوجد الالتزام على عاتق الواعد بالجائزة ، حتى ولو لم يوجد الدائن وقت صدور الوعد ، ومن ثم فإن وجود المدين وتعيينه يعتبر شرطاً لنشأة الالتزام ، أما وجود الدائن وتعيينه ، فإنه لا يشترط إلا عند تنفيذ الالتزام أو تحقق شرط المطالبة به .

ثم فإن وجود المدين وتعيينه يعتبر شرطا لنشأة الالتزام، اما وجود الدائن وتعيينه، فإنه لا يشترط إلا عند تنفيذ الالتزام أو تحقق شرط المطالبة به.

ثالثاً: ان يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية تقدر بالنقود: وعلى هذا لا تعتبر الواجبات التى يفرضها القانون بين أفراد الأسرة مثل واجب الطاعة الذى يقع على عاتق الزوجة لزوجها، والابن تجاه أبيه التزاما بالمعنى القانونى الدقيق، لأن الالتزام هنا غير مالى وان كانت هذه الأمور من قبيل الواجبات القانونية.

ومما يجدر ان اشتراط وجوب كون الأداء ماليا لا يستوجب حتما أن تكون مصلحة الدائن فى هذا الأداء مالية، فقد تكون مصلحة الدائن في قيام المدين بالتزامات أدبية أو معنوية، وبالرغم من هذا، فإن الأداء يعتبر مالياً، حتى يمكن في النهاية تقديره بالنقود.

٢- وفي الشريعة الإسلامية يعرف الالتزام بأنه: "الزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له"، وفي هذا التعريف قصور، لأنه لا يبرز الالتزامات التى يكون مصدرها غير إرادى، ويركز على الالتزامات ذات المصادر الارادية، فهو تعريف غير جامع.

ولهذا عرفه جانب من الفقه بقوله: "الالتزام ايجاب الإنسان أمراً على نفسه أما باختياره وارادته من تلقاء نفسه، وإما بالزام الشرع إياه، فيلتزمه لأن الشرع الزمه به امتثالاً وطاعة لأمر الشرع[١]".

---

(١) الشيخ أحمد إبراهيم - الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي - ص ٢١ - طبعة ١٩٤٥م.

وفي نظرنا أن هذا تعريف تنقصه دقة الصياغة، لأن الزام الشرع للإنسان ليس من قبيل إجباره على نفسه أمراً، ولهذا فإننا نعرف الالتزام بأنه:

"ترتيب الشارع شغل ذمة الإنسان بما يجب أداؤه بناء على سبب ارادى أو غير ارادى".

٣- أنواع الالتزام:

وللالتزام أنواع بالنظر إلى محله، وبالنظر إلى نطاقه، فهو بالنسبة لمحله ينقسم إلى التزام باعطاء، والتزام بعمل (الالتزام الايجابي) والتزام بامتناع عن عمل (الالتزام السلبي)، وبالنسبة لنطاقه، ينقسم إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة، ويمكن كذلك تقسيم الالتزام إلى التزام شخصي والتزام عيني.

أولاً: الالتزام باعطاء، والقيام بعمل أو الامتناع عن عمل:

والالتزام باعطاء: هو التزام محله نقل ملكية شيىء أو أى حق عيني آخر وذلك كالتزام البائع بنقل ملكية الشيىء المبيع إلى المشترى، والتزام الواهب بنقل ملكية الشيىء الموهوب إلى الموهوب له، وكالتزام مالك العقار بتقرير حق ارتفاق على ملكه لمصلحة عقار آخر مجاور له، أو الالتزام بإنشاء رهن على العقار لمصلحة الدائن.

كما يتمثل الالتزام بالاعطاء، في دفع مبلغ من النقود، كالتزام المستأجر بدفع الاجرة، والتزام المشترى بدفع الثمن والالتزام بالقيام بعمل، فيه يلتزم المدين بان يقوم بعمل إيجابي، كالتزام المقاول ببناء منزل، والتزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية التي يقتضيها الانتفاع بالعين المؤجرة، واما الالتزام بالامتناع عن عمل فهو يقتضي من المدين الامتناع عن عمل يملك ان يقوم به قانوناً لو لم يوجد هذا الالتزام، ومثاله: التزام بائع المحل

التجاري بعدم فتح محل تجاري آخر يمارس نفس التجارة في المنطقة التي يوجد فيها المحل الأول، وهذا ما يسمى بالالتزام بعدم المنافسة[١].

ثانياً: الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية:

لكل التزام هدف معين يسعى إليه الدائن، فإذا كان الهدف من الالتزام هو قيام المدين بتحقيق نتيجة معينة، كالتزام أمين النقل بوصول البضاعة في الموعد المتفق عليه إلى مكان الوصول، والتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، نكون أمام التزام بتحقيق نتيجة أو غاية، وفي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين بالالتزام إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية بالفعل، ما لم يثبت أن السبب في عدم قيامه بالتزامه أو التأخير فيه كان راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه وفقاً لما تقضي به المادة (٢١٥ مدنى مصرى).

وقد يكون الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة، كالتزام الطبيب بمعالجة المريض، فإنه يلزم بأن يقوم بعلاجه وفقاً للاصول الطبية، ولكنه لا يلتزم بأن يشفى المريض، ومثل ذلك المحامي، فإنه لا يلتزم بتحقيق نتيجة، وهي كسب الدعوي لمصلحة موكله، بالرغم من ان الشفاء وكسب الدعوى يعتبران غاية يستهدفها المريض أو الموكل، إلا أنهما لا تمثل محل التزام المدين، وإنما الالتزام هنا يتمثل في القيام بالوسيلة التى تحقق هذا الهدف.

وقد نصت المادة (٢١١ مدنى مصرى) على أنه: "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيىء أو أن يقوم بإدارته و أن يتوخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ١٢ – مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣م.

ويستفاد من هذا النص أن المدين يكون قد وفى بالتزامه في حالة الالتزام ببذل عناية، إذا بذل عناية الشخص المعتاد، وهذا معيار موضوعي مجرد لا ينظر فيه إلى شخص المدين بالذات، ومن ثم فإنه لا عبرة بالعناية التى اعتاد المدين أن يبذلها في أمور نفسه.

كما يبدو من هذا النص أيضاً أنه يجوز ان يتفق المتعاقدان على ان يلتزم المدين ببذل عناية أكثر أو أقل من عناية الرجل المعتاد، غير أنه يجوز ان يصل الاتفاق على مقدار العناية الواجبة إلى حد اعفاء المدين من المسئولية في حالة الغش، وهو الخطأ العمد، أو في حالة الخطأ الجسيم، وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل (مادة ٢/٢١٧ مدنى).

ثالثاً: الالتزام الشخصى والالتزام العينى:

الالتزام الشخصى: هو الذى يلتزم فيه المدين بشخصه، بمعنى أن تكون ذمته ضامنه للوفاء بما عليه من التزام أى أن للدائن ضماناً عاماً على جميع أموال المدين.

أما الالتزام العينى: فإنه يتقرر على عاتق شخص معين، نظراً لثبوت حق عينى لهذا الشخص على شيىء معين بالذات مملوك للمدين، فيرتبط وجود الالتزام بوجود هذا الحق العينى، فيقال ان الالتزام عينى، وفي هذه الحالة لا يعتبر الملتزم مديناً بشخصه، بل باعتباره مالكاً للعقار الذى تقرر عليه التأمين العينى كالرهن الرسمى.

٤- محل الالتزام:

١- والمراد بمحل الالتزام: الموضوع الذى يرد عليه الالتزام، وهو بالنسبة للالتزام الشخصى يتمثل فى عمل يقوم به المدين، أو امتناع عن عمل، وبالنسبة للالتزام العينى يتمثل فى شيئ من الأشياء المادية يباشر

عليه صاحب الالتزام سلطة معينة تضيق أو تتسع بحسب مضمون الالتزام. وبهذا يمكن ارجاع محل الالتزام إلى نوعين هما: الأعمال، والأشياء.

٥- أولاً: الأعمال:

والأعمال جمع عمل؛ والعمل معناه يتمثل فى نشاط يبذله الشخص بجسمه أو بعقله، ومعلوم أن محل الالتزام الشخصى هو دائماً عمل يقوم به المدين، وذلك بخلاف الالتزام العينى الذى يرد على شيئ من الأشياء.

والعمل محل الالتزام الشخصى قد يكون عملاً ايجابياً كبناء منزل تعهد مقاول بإقامته، كما قد يكون عملاً سلبياً كالامتناع عن المنافسة، أو الامتناع عن البناء فى مكان معين، والأعمال التى يمكن أن تكون محلاً للالتزامات الشخصية لا يمكن حصرها لأنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة حرة فى أن تنشئ ما تشاء من الروابط التى تترتب عليها حقوق شخصية[٣]، ولايحد من سلطان الإرادة فى هذا الا أن يكون العمل محل الالتزام الشخصى ممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً، وهذه تمثل شروط محل الالتزام الشخصى، كما سنرى.

٦- ثانياً: الأشياء (محل الالتزام العينى):

الأشياء جمع شيئ والشيئ هو ما يجوز أن يكون محلاً للالتزام العينى، ويقع خلط شائع بين المال والشيئ، والواقع أن المال هو كل التزام مالى، سواءاً كان التزاماً شخصياً أم كان التزاماً عينياً[٤]، فالمال أعم من الشيئ،

---

(٣) د. عبد الودود يحيى - ص ٣٢٤، د. عبد المنعم البدراوى ص ٧٣٤.

(٤) والمال فى الشريعة، من الميل، وهو ما يميل إليه الطبع، واصطلاحها ما يملك من كل شيئ ويشمل المال الشيئ والمنفعة، والفقهاء متفقون على مالية الأشياء أما المنافع فجمهور الفقهاء ومتأخرو الحنفية يرون ماليتها، أما متقدمو الحنفية فيرون عدم مالية المنافع، لأن المال عندهم يمثل فيما ينتفع به ويجاز، والمنافع لا يمكن حيازتها فلا يصدق عليها وصف المال والراجح رأى الجمهور، راجع فى هذا المعنى: حاشية ابن عابدين على الدر =

وربما كان من دواعي هذا الخلط هو تلك العلاقة القائمة بين الشيء والمال، وهي علاقة البعض بالكل، وربما كان اطلاق المال على الشيء من باب اطلاق الكل وإرادة البعض، وهو من التعبيرات الواردة بلاغياً.

ولكننا في مجال الاصطلاح القانوني، يجب أن نتحرى دقة التعبير، والشيء من هذا المفهوم المحدد، يعرف بأنه ما يصلح أن يكون محلاً للالتزام العيني(٥).

٧- تقسيمات الأشياء:

وقد جرى شراح القانون منذ القدم على تقسيمات الأشياء وتصنيفها إلى عدة تقسيمات منها: عامة وخاصة، قابلة للاستهلاك وغير قابلة له، مثلية وقيمية، ثابتة ومنقولة، ولكن قبل بيان تلك التقسيمات يجب التنبيه إلى أن هناك شرطاً عاماً يجب أن يتوافر في الأشياء لتكون محلاً للحق العيني والالتزام به، وهو أن يكون الشيء داخلاً في التعامل، ونبين ذلك:

٨- الأشياء الداخلة في التعامل والخارجة عنه:

والأصل أن كل شيء يصح التعامل فيه يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية والالتزام بها، وقد نصت على ذلك المادة (١/٨١ مدني) بقولها: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، ومن هذا النص يبدو أن هناك أشياء تخرج بطبيعتها عن التعامل، وتتمثل في الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر

=المختار - جـ ٤ ص ٣، والأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٩٧، والبحر الرائق جـ ص ٢١٧، والموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ١٠، وشرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ٤ والمغنى جـ ٥ ص ٢١٧.

(٥) د. عبد المنعم البدراوي - ص ٧٣٨، د. عبد الودود يحيى ص ٣١٢.

بحيازتها (مادة ٨١ مدنى)، وهى الأشياء المشتركة التي ينتفع بها الكافة كأشعة الشمس والماء والهواء، وعلة عدم قابلية تلك الأشياء للتعامل أنها تأبى عن الاستئثار بها في مجموعها، ومع ذلك فإنه إذا أستأثر أحد بكمية من هذه الأشياء، فإنها تصبح مملوكة له ملكية خاصة، ومن ثم تكون محلاً للتعامل، كالماء المعبأ، والهواء المضغوط.

٩- وهناك أشياء قابلة للتعامل بطبيعتها، ولكن القانون حكم بخروج تلك الأشياء من دائرة التعامل وذلك لأسباب منها:

أ - أن هذه الأشياء قد رصدت للمنفعة العامة، والتعامل فيه ينافى هذا التخصيص، وقد نص القانون على أنه لا يجوز التصرف في الأشياء العامة أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم (مادة ٨٧ مدنى).

ب - أو لأن المنع من التعامل في تلك الأشياء مبنى على اعتبارات تتعلق بالنظام العام كما في المواد المخدرة، التي يتعلق المنع فيها باعتبارات تتعلق بالصالح العام للجماعة.

وكذلك النقود المزيفة، وهذه تقابل الأشياء غير المتقومة في الفقه الإسلامي لأن التقوم معناه اباحة الشارع للتعامل في المال[٦].

١٠- عرض تقسيمات الأشياء:

أولاً: الأشياء الثابتة (العقارية) والأشياء المنقولة:

من أهم تقسيمات الأشياء وأقدمها، هو تقسيمها إلى عقارات ومنقولات:

---

(٦) د. عبد المنعم البدراوى - ٧٤٠، د. عبد الودود يحيى - ص ٣١٣ وما بعدها، د.أحمد سلامة - ص ٢٧٥، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢٤٠، د. جميل الشرقاوى - ص ٣٨٥، د. جلال العدوى - ص ٢١٠ وما بعدها.

العقارات.

والعقارات جمع عقار، والمراد به كل شيء ثابت بطبيعته ولا يمكن نقله من مكانه دون تلف وقد نصت المادة (٨٢ مدني) على أن: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، والنص يفيد أن هناك نوعين من العقارات هي العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص.

(أ) العقار بطبيعته:

يتمثل في كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وهذا التعريف ينطبق على الأراضي، وعلى كل ما يتصل بها من بنيان أو اشجار مادام لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، يستوى في هذا أن تكون هذه المباني قد أقيمت لتبقى بصفة دائمة أم أقيمت بصفة مؤقتة كأبنية المغارض، كما يستوى أن يكون من أقام المباني مالكاً للأرض أم مستأجراً لها.

ولا يعتبر عقاراً: الأكشاك التي يمكن حلها واقامتها في مكان آخر دون تلف ولا النباتات المزروعة في أوعية معدة للنقل.

ويعتبر عقاراً بطبيعته كل ما يتصل بالبناء من أشياء كالأبواب والشبابيك والمصاعد وصنابير المياة، ولو أن هذه الأشياء يمكن فصلها من البناء دون تلف، ووصف العقار يلحقها طالما هي مثبتة في البناء، فإذا انفصلت عنه صارت من المنقولات.

(ب) العقارات بالتخصيص:

ووفقاً لما تقضى به المادة (٨٢ مدني في فقرتها الثانية).

"يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه في عقار يملكه. رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

ويستبين من هذا النص أن العقار بالتخصيص إنما هو منقول بحسب الأصل، ولكن الذى يخلع عليه صفة العقار، هو رصده لخدمة العقار أو استغلاله، وذلك كالمواشي والآلات التي تخصص لخدمة الأرض، ومفروشات الفنادق وآلات المصانع.

ولكن حتى يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص يجب توافر شرطين:

أولهما: اتحاد مالك العقار والمنقول:

فيجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، ومن ثم لا تعتبر عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة للمستأجر، وحكمة ذلك أن المشرع قد تغيا باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص، أن تلحق هذه المنقولات بالعقار عند التنفيذ على العقار أو التصرف فيه، وهذا القصد لا يتحقق، إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول المخصص لخدمته أو استغلاله[7].

ثانيهما: أن يكون المنقول مرصوداً لخدمة العقار أو استغلاله:

كما يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله من خلال رصده لذلك، وذلك كالآلات الزراعية وغيرها مما سبقت الاشارة إليه، ويضاف إلى ذلك السيارات المعدة لنقل منتجات المصنع، ولا يشترط

---

(7) د. عبد الودود يحيى - ص ٣١٥، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٥٧ وما بعدها. د.توفيق فرج ويحيى مطر - ص ٣٢٥، د. أحمد سلامة - ص ٢٨٠ وما بعدها. د.منصور مصطفي منصور - ص ٢٥٤ وما بعدها، د. عبد الحي حجازى - ص١٩٨ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور - ص ٢٦٢ وما بعدها.

أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضرورياً بل يكفى، أن يكون في التخصيص فائدة للعقار ويصح أن يكون الرصد مؤقتاً لا دائماً[8].

١٠- الأحكام المتعلقة بالعقار بالتخصيص:

وقد توخى المشرع من خلال اعتبار بعض المنقولات عقاراً بالتخصيص، ضمان الاستغلال الحسن للعقار، ومن ثم فإنه لا يجوز الحجز على تلك المنقولات منفصلة عن العقار الذي ألحق به، ولو لم يذكر في تنبيه نزع الملكية، وكذلك يتبع العقار بالتخصيص العقار الأصلي عند التصرف فيه بالبيع أو عند رهنه، وقد نصت المادة (١٠٣٦ مدنى) على أنه "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص، العقارات بالتخصيص".

١١- واعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص مجرد أمر حكمي مقرر لمصلحة مالك العقار، وهو لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه يجوز لمالك العقار الأصلي أن يتنازل عن الحماية التي قررها له القانون، ويترك دائنه يحجز على المنقول منفصلاً عن العقار المضاف غليه، كما يستطيع المالك أن يزيل عن المنقول صفة العقار بأنهاء رصده على خدمة العقار الأصلي.

وإذا لم يعد العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، كما لو باع المالك المنقول المخصص لخدمة العقار، أو باع العقار دون المنقول المخصص لخدمته[9].

---

(٨) د. عبد الودود يحيى - ص ٣١٦، د. منصور مصطفي منصور حيث يضيف شرطاً ثالثاً هو أن يكون التخصيص . . . ة المالك نفسه د. أحمد سلامة - ص ٢٨٠، حيث يجعل هذا الشرط الثالث: أن يكون المنقول منقولاً بطبيعته، وفي نظرنا أن هذين الشرطين فيهما كفاية.

(٩) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٦٤ وما بعدها، د. توفيق فرج يحيى مطر - ص٣٢٥، د. أحمد سلامة - ص ٣٨٢، د. منصور مصطفي منصور - السابق -، د.عبد الودود يحيى - ص ٣١٦، د. عبد الحي حجازى - ص ٢٠٠ وما بعدها.

ثانياً: المنقولات:

والمنقولات هي كل ما يمكن نقلة من مكانه دون تلف كالسيارات والمواشى وأساس المنزل، وهذه تسمى منقولات بطبيعتها، ولكن يوجد نوع أخر من المنقولات، هى المنقولات بحسب المآل، وهى في الواقع أشياء ثابتة ولكنها تعامل باعتبار مآلها.

(أ) المنقولات بطبيعتها:

وهي كل شيىء يمكن نقله من مكانه دون تلف، وبشرط ألا يكون قد اكتسب صفة العقار بالتخصيص، ويستوى في ذلك الأشياء المادية، كالكتب والسيارات والملابس وأثاث المنزل، والأشياء المعنوية، كالاسم التجارى وأفكار المؤلفين والمخترعين، ذلك أن المادة (٨٢ مدنى) بعد أن عرفت العقار، أضافت: "وكل ما عدا ذلك فهو منقول"، ومنطقى أن يشمل ذلك الأشياء المادية، والأشياء المعنوية.

(ب) المنقولات بحسب المآل:

وهذا النوع من المنقولات بحسب أصله أشياء ثابتة متصلة بالأرض، وتعتبر لهذا عقارات بطبيعتها، ولكن القانون نظر إليها نظرة مستقبلة تأخذ في اعتبارها ما ستول إليه تلك الأشياء، حيث ستصبح منقولات عما قريب، مثل المباني المعدة للهدم، والأشجار المراد قطعها، والثمار والمحصولات قبل حصدها فتلك كلها أشياء عقارية حالاً، منقولات مآلاً.

١٢- أثر اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل:

ويترتب على اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل، أنه إذا بيعت تلك المنقولات فإنها تخضع لأحكام بيع المنقول، ولو حدث نزاع بشأنها ينعقد

الاختصاص لمحكمة موطن المدعىٰ عليه، وليس المحكمة التي يوجد بدائرتها العقار، وتنتقل الملكية فيها من البائع للمشترى دون تسجيل العقد.

واعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل يخضع لاتفاق الطرفين على ذلك، فلا يجوز للدائن أن يوقع الحجز على البناء مستقلاً عن الأرض باعتبار أنه سيكون أنقاضاً، لأن النظر إلى الأشياء باعتبار مآلها يخضع لاتفاق الطرفين، واستثناء من ذلك، يجوز الحجز على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها وذلك بشرط ألا يكون الحجز قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً (مادة ٣٥٤ مرافعات)، ومفاد هذا النص اعتبار هذه الأشياء منقولات رغم اتصالها بالأرض اتصال قرار، فأجاز الحجز عليها رغم أنها متصلة بالأرض[١٠]، وعموماً فإن كل أحكام المنقول هي التي تنطبق على الشيء الذى اعتبر منقولاً بحسب المآل[١١].

١٣- شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل:

وحتى تترتب تلك الآثار يجب أن يتوافر شرطان لاعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل:

أولهما: أن تتجه الإرادة بالفعل إلى فصل الشيء عن الأرض، أى يجب أن يكون مصيره محتوماً بالانفصال عن الأرض، كما في حالة المباني المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع.

---

(١٠) د. عبد الودود يحيى – ص ٣١٨، د. عبد الحي حجازى – ص ٢٠٢، د. توفيق فرج ويحيى مطر – ص ٣٢٦، د. نعمان جمعة – ص ٥٣٩ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٨٣ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٥٩، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٦٧.

(١١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٧٣.

ثانيهما: كما يجب أن يكون هذا الانفصال وشيك الوقوع، أى قريب الحصول، ولا يكفى أن يكون الانفصال أمراً محتملاً، ولعل هذا هو السبب الذى حدا بالمشرع أن يجيز الحجز على الثمار والمحصولات والمزروعات حجز منقول.

وقد يلجأ بعض الأفراد إلى تعجل الاتفاق على اعتبار العقار منقولاً تحايلاً على اشتراط التسجيل في بيع العقار بقصد التهرب من رسومه، ولهذا يجب النظر إلى القصد الحقيقى، ولا يمكن أن يقال أن ذوى الشأن، قد اتجهوا إلى بيع العقار كمنقول إلا إذا قصدوا أن يتم فصله في وقت قريب[١٢].

١٤- آثار تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول:

وتظهر آثار التفرقة بين هذين النوعين من الأشياء وهما العقار والمنقول من ناحية أن القانون لا يعاملهما معاملة سواء اما لاختلافهما من حيث القيمة، واما من حيث الاستقرار وعدمه.

أولاً: اما اختلاف العقار والمنقول من حيث الاستقرار وعدمه:

فإن ذلك يترتب عليه ما يلى:

أ - نظراً لاستقرار العقار يمكن شهر التصرفات الحاصلة بشأنه، ومن ثم أوجب القانون شهر تلك التصرفات، فوجدت مصلحة الشهر، حيث يستطيع من خلالها كل شخص أن يعرف حال العقارات، من حيث الحقوق والتكاليف المقررة عليها وكان سائغاً أن يعلق القانون نقل الملكية فيه على تسجيل التصرف الناقل للملكية.

---

(١٢) المرجع نفسه - ص ٧٧٢.

ولما كانت المنقولات غير مستقرة، كان من المتعذر إنشاء نظام لشهر التصرفات الحاصنة فيها، فلم يكن بد من الاعتداد بالمبدأ القائل: إن الحيازة في المنقول سند الحائز، وترتب على ذلك أن مالك المنقول لا يستطيع استرداده من الحائز حسن النية حيث يحول دون غرضه المبدأ السابق، في حين يستطيع مالك العقار أن يسترده من واضع اليد ولو كان هذا الأخير حسن النية[١٣].

ب - أن جواز تمسك المبيع بالشفعة أساسه دفع سوء الجوار، وسوء الجوار لا يتحقق إلا في العقارات لاستقرارها، وكانت الشفعة لا تجوز إلا في العقارات.

جـ- كذلك ترفع الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار أما بالنسبة للمنقولات، فإن الدعاوى المتعلقة بها ترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه[١٤].

ثانياً: اما اختلاف العقار والمنقول من حيث القيمة:

فمرد ذلك إلى الاعتقاد الذي كان سائداً بأن الشيء المنقول، شيء تافه، وكان النظر إلى العقار على أنه الشيء ذو القيمة المالية العالية، التي تدخل مجال الائتمان، ويرد عليها التأمينات العينية لقوتها المالية في نظر الناس وقد تغيرت هذه النظرة في الوقت الحالي، بعد أن زادت قيمة المنقولات زيادة هائلة كأثر للتقدم العلمي والتكنولوجي، حيث أصبحت الآلة الصغيرة التي لا تزيد على حجم كف اليد تفوق أضعاف المرات ثمن العقار. ناهيك عما نراه من منقولات ذات قيم مالية عالية، كالطائرات والسفن، والآلات الحربية والأسلحة، وأدوات

---

(١٣) د. عبد الحي حجازي - ص ٣٠٣.

(١٤) المرجع نفسه، ود. توفيق فرج، يحيى مطر - ص ٣٢٧.

التجسس وأجهزة الكمبيوتر وغيرها، مما حدا بالفقه أن يغير تلك النظرة إلى العقار، وليكون للمنقول حظه من الاعتبار خاصة فيما يتعلق بمجال الائتمان، ولما كان ورود التأمين العينى على المنقولات مما يتعارض مع مبدأ الحيازة في المنقول سند الحائز، فقد ابتكر الفقهاء طرقاً وأساليب للخروج من هذا التعارض، واضفاء نوع من الحماية لمالك المنقول إذا تداولته الأيدى، من خلال وجود نظام للتسجيل يختص بالمنقول، وقد بدأ ذلك في فرنسا منذ الثلاثينات، بتسجيل انتقال ملكية السيارات، وتطور حتى أصبح يشمل جل أنواع المنقولات مما جعل التمايز الذى كان موجوداً بين العقار والمنقول يكاد يكون معدوماً[١٥]. علماً بأن بعض المنقولات لها طرق شهر خاصة كالطائرات والسفن والسيارات[١٦]، ومن المؤكد أن تقسيم الفقه الإسلامي للحقوق المالية إلى عين ودين مما يعالج هذا القصور باتقان وتكامل يدل على سبق محمود في هذا المجال.

ومع ذلك فما زلنا نلمس فوارق بين العقار والمنقول مردها إلى اختلاف القيمة من خلال بعض النصوص التشريعية التى تظهر ذلك مثل:

أ - اختلاف إجراءات التنفيذ في العقار عنها في المنقولات: حيث أنها في العقار معقدة وتحتاج إلى زمن طويل مما يدل على أن العقار ما يزال أكثر أهمية في نظر الشارع.

ب - أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش (الذى يزيد على خمس الثمن) لا ترفع إلا إذا كان المبيع عقاراً مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (مادة ١٤٥/١ مدنى).

---

(١٥) في هذا المعنى: رسالتنا للدكتوراه، أولوية استيفاء الديون - ص ٢٥٧ وما بعدها، وفي هذا المعنى: د. عبد الحي حجازى - ص ٢٠٣ وما بعدها.

(١٦) د. عبد الحي حجازى - ص ٢٠٤.

جـ- لا يعتبر من الأعمال التجارية إلا الأعمال المتعلقة بمنقولات، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فتعتبر أعمالاً مدنية، وبذلك تخضع لأحكام القانون المدني، وهي أحكام بطيئة وشديدة[١٧].

ثانياً: الأشياء المثلية والأشياء القيمية:

والأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس، أو الكيل أو الوزن، (مادة ٨٥ مدنى)، وقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية، بأنها الأشياء التى تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة، بنوعها حيث يكفى في تعيينها ذكر نوعها وعدد وحداتها وذلك كالبرتقال بالعدد، وكالمنسوجات بالمقاس، وكالزيوت بالوزن، وكالحبوب بالكيل.

أما الأشياء القيمية: والأشياء المعينة بالذات، فهي الأشياء التي لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، وذلك لتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به، وذلك كالعقارات وبيع حصان معين، وسيارة معينة[١٨].

١٥- أثر التفرقة بين المثلى والقيمي:

وتظهر آثار التفرقة بين العقار والمنقول في عدة أحكام:

أ - من حيث الهلاك:

إذا هلك الشيء المثلى لا تبرأ ذمة المدين به، وعليه أن يقدم مثله، ولهذا يقال: إن المثليات لا تهلك، لو التزم شخص بتسليم عشرة أرادب

---

(١٧) د. عبد الحي حجازي - ص ٢٠٤، د. أحمد سلامة - ص ٢٨٧، وله أيضاً: الرهن الطليق للمنقول، طبعة جامعة عين شمس ١٩٦٨م - ص ٧ وما بعدها.

(١٨) د. عبد الودود يحيى - ص ٣٢٢، د. نعمان جمعة - ص ٥٤٤، د. عبد الحي حجازي - ص ٢٠٦ وما بعدها، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر - ص ٣٢٢ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور - ص ٢٦٨ وما بعدها.

قمح هندي، وهلكت عنده قبل تسليمها فإنه يلتزم بتقديم غيرها من نفس النوع أو الصنف، أما لو التزم بتسليم شيىء قيمى كحصان مثلاً، وهلك، فإن ذمة الشخص تبرأ لاستحالة التنفيذ، وعند الضمان يقدر بقيمته.

ب- من حيث انتقال الملكية:

في المنقول المعين بالذات (القيمى) تنتقل الملكية بمجرد التعاقد، أما في حالة المثلى، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد، وإنما تنتقل بالافراز.

جـ- من حيث الوفاء:

في حالة الأشياء القيمية لا يتم الوفاء إلا بذات الشيىء ولا يجبر الدائن على قبول شيىء غيره ولو كان مساوياً له في القيمة، أما المثلى فإن ذمة المدين تبرأ إذا قدم أى شيىء من نفس النوع بالمقدار المحدد بالعقد.

د - من حيث المقاصة:

لا تقع المقاصة إلا بين دينين، موضوع كل منهما شيىء مثلى بشرط الاتحاد في النوع والجودة، فإذا كان الشخص مديناً بنقود أو بشيىء مثلى، كان له حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن من نقود ومثليات من ذات النوع والجودة[19].

ثالثاً: الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك:

والأشياء من حيث صلاحيتها للاستعمال تنقسم إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك، والأولى: هي التي لا ينتفع بها

---

(19) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر - ص ٣٢٣ وما بعدها، د. نعمان جمعة - ص٥٤٤ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى - ص ٢٠٦ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٤٨ وما بعدها.

إلا باستخدامها، أو هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها، أو انفاقها (مادة ١/٨٤ مدنى) والاستهلاك قد يكون ماديا، وقد يكون قانونياً:

ومن أمثلة الأشياء التي تستهلك استهلاكاً مادياً بمجرد استعمالها الأنواع المختلفة للطعام والوقود، وأما الاستهلاك القانوني فمثاله نقل ملكية الشيىء، كإنفاق النقود، وبيع البضائع المعروضة في المتاجر، حيث تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك (مادة ٨٤ مدنى).

وأما الأشياء غير القابلة للاستهلاك: فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك، وذلك كالمنازل والكتب والملابس، ولا عبرة بما يؤدى إليه استعمالها مع الزمن من نقص في متانتها، والعبرة في اعتبار الشيىء قابلاً أو غير قابل للاستهلاك هى طبيعته، ولكن الاتفاق قد يغير من تلك الطبيعة.

١٦- أثر تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له:

ويترتب على تقسيم الأشياء إلى قابلة أو غير قابلة للاستهلاك آثار هى:

أ - الأشياء القابلة للاستهلاك، ترد عليها عقود معينة كالبيع والهبة ولا يرد عليها الايجار ولا العارية، بخلاف الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

ب - كذلك حق الانتفاع وحق السكنى، وهي حقوق عينية مقررة على مال الغير ولا يتصور أن يكون محلها إلا شيئاً لا يهلك بمجرد الاستعمال[٢٠].

---

(٢٠) د. عبد الودود يحيى - ص ٣٢١، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر - ص ٣٢١ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٤٤ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور - ص ٢٦٩ وما بعدها.

رابعاً: الأشياء العامة والأشياء الخاصة:

والأشياء الخاصة: هي الأشياء التي يملكها أو يجوز أن يتملكها الأشخاص، وأما الأشياء العامة: فهي التي لا يجوز لأحد أن يستأثر بمنفعتها، لأنها مخصصة لمنفعة الجميع، وقد ثار جدل حول طبيعة حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على هذه الأشياء، ويبدو مما يفيده نص المادة (٨٧ مدنى) أنه حق ملكية مقيد بتخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة.

وقد جاء في نص تلك المادة أنه: "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص".

ويستبين من هذا النص أنه لكى يعتبر الشيىء عاماً يجب أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون الشيىء مملوكاً للدولة، أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

ثانيهما: أن يكون الشيىء مخصصاً لمنفعة عامة، يستوى في ذلك أن يكون الشيىء عقاراً كالشوارع والترع والسكك الحديدية ومبانى دواوين الحكومة والمستشفيات التى تتولاها الدولة أم منقولاً، كالآثار الموجودة في المتاحف، والأدوات الموجودة في المدارس والجامعات والمستشفيات، ويكون تخصيص الشيىء للمنفعة العامة اما بقانون أو مرسوم، وقد يكون بالفعل كما لو شقت الدولة مصرفاً أو شارعاً أو قامت ببناء كوبرى في أرض مملوكة لها[٢١].

---

(٢١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٢٣.

وتختلف هذه الأشياء عن الأشياء التي تكون مملوكة للدولة ملكية خاصة كالأراضي الزراعية، أو ما يؤول إلى الدولة من أشياء عند وفاة صاحبها دون وارث[٢٢].

١٧- آثار التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة:

وهناك آثار للتفرقة بين المال العام والمال الخاص فيما يلي:

أ - فالشيء العام لا يجوز التصرف فيه، وأن وقع هذا التصرف كان باطلاً بطلاناً مطلقاً والتصرف الممنوع هو الذى يتنافى مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة، كبيعه أو إنشاء حق ارتفاق عليه يعطل أو يعوق استعماله في الغرض المخصص له، فإذا لم يكن كذلك يجوز التصرف مثل أن تقوم الدولة بالترخيص بالصيد في الأنهار والبحيرات العامة، ومثل قيام البلديات بالترخيص بشغل جزء من الطريق العام، ما دام لا يعطل المرور فيه كما أن للدولة أن تؤجر بعض مبانيها، كتأجير المقاصف في دور المصالح الحكومية، والتصرف في ثمار الأشياء العامة كثمار الأشجار المغروسة في الحدائق العامة ولا يجوز الحجز على الأموال العامة.

ب - والشيء العام لا يمكن تملكه بالتقادم، فما دام الشيء مخصصاً للنفع العام ولم يبطل تخصيصه بقانون أو بقرار أو بالفعل فإن حيازة فرد له لا يمكن أن تؤدى إلى كسب الشيء بالتقادم، مهما مضت من مدة على هذه الحيازة[٢٣].

---

(٢٢) المرجع نفسه - ص ٣٢٤، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٤ وما بعدها.

(٢٣) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٤٣، د. عبد الودود يحيى - ص ٣٢٤، د. فتحى عبدالرحيم - ص ٢٠٤ وما بعدها

١٨- مصادر الالتزام:

والمقصود بمصدر الالتزام: الواقعة القانونية أو بالتحديد الدقيق السبب الذى انشأ الالتزام، وذلك كعقد البيع-مثلاً-فإنه مصدر أو سبب لالتزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشترى بدفع الثمن، والعمل غير المشروع هو السبب في التزام من تسبب فى الضرربأن يقوم بتعويض من اصيب بالضرر، والتزام الأب بالإنفاق على أولاده مصدره نص القانون المقرر للنفقة.

وقد ذكر القانون المدنى المصرى خمسة مصادر هى:

١- العقد ٢- الإرادة المنفردة ٣- العمل غير المشروع

٤- الإثراء بلا سبب ٥- القانون

ويمكن بصفة عامة رد هذه المصادر إلى نوعين هما: المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

أولاً: المصادر الإرادية:

وهى الأعمال القانونية التى تسمى بالتصرفات القانونية، والتصرف القانونى عبارة عن: عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين مثل كسب حق عينى أو نقله أو تعديله أو انهائه، وهذا التصرف قد يكون صادراً من طرفين كالعقد حيث يتم بتوافق ارادتين على احداث أثر قانونى معين، واما ان يكون صادراً من طرف واحد وبالإرادة المنفردة كالوعد بجائزة والوصية.

ثانياً: المصادر غير الإرادية:

والمصادر غير الإرادية تشمل الوقائع التى تترتب عليها آثارها القانونية دون اعتبار لاتجاه الإرادة فى احداث هذه الآثار، وقد تكون هذه

الوقائع طبيعية لا دخل للإنسان فى حدوثها، كواقعة الجوار التى يرتب عليها القانون التزامات بين الملاك المتجاورين، وكالقرابة التى يرتب القانون عليها الالتزام بالنفقة على القريب عند توافر الشروط التى ينص عليها القانون.

وقد يكون لعمل الإنسان دخل فى وجود الواقعة، وذلك كالفعل الضار، الذى يقع من شخص سواء كان قد حدث عن عمد أو نتيجة اهمال أو تقصير منه، فيترتب على ذلك التزامه بالتعويض بناء على الفعل الضار الذى صدر منه، بصرف النظر عن ارادة محدث الضرر، فهو وان اراد احداث الضرر فى حالة التعمد، الا أن ارادته لم تتجه إلى احداث الأثر القانونى الذى يترتب عليه وهو الالتزام بالتعويض، ويدخل فى المصادر غير الارادية التى نص عليها التقنين المدنى، العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون. ويضيف جانب من الفقه إلى تلك المصادر مصدراً سادساً هو حكم القاضى فى بعض الحالات الخاصة وهى حالات تعديل العقد أو التخفيف أو الإنقاص من الالتزامات الناشئة عنه ففى هذه الحالات ينشأ الالتزام عن حكم القاضى لا عن العقد الأصلى[٢٤].

١٩ – خطة الدراسة:

وسوف نقوم بدراسة مصادر الالتزام على النحو التالى:

القسم الأول: المصادر الارادية للالتزام.

القسم الثانى: المصادر غير الارادية للالتزام.

---

(٢٤) د. سمير تناغو – المبادئ الأساسية فى نظرية الالتزام – ص ٧.

القســـم الأول

المصادر الإرادية للالتزام

القسم الأول

المصادر الارادية للالتزام

٢٠- وهى تتمثل فى العقد والارادة المنفردة وسوف نخصص لدراسة كل منها باباً.

الباب الأول

العقد

الفصل الأول

تعريف العقد وبيان أقسامه

المبحث الأول

تعريف العقد

٢١- والعقد لغة: هو الربط بين شيئين، يقال: عقدت طرفى الحبل أى ربطت بينهما، ووصلت الطرفين فصار الحبل متصلاً، وفى فقه القانون يعرف بأنه: توافق ارادتين أو اكثر على احداث أثر قانونى، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أونقله أو تعديله أو إنهائه[٢٥].

وفى الشريعة الاسلامية يعريف العقد بأنه: ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين مقترناً بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه[٢٦]، وهذا التعريف يكاد يتفق فى مضمونه مع التعريف القانونى للعقد.

---

(٢٥) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - فقرة ٣٦، والمادة ١٢٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري.

(٢٦) مرشد الحيران - المادة ٢٦٢.

ومن تعريف العقد وفقاً لما ورد فى فقه القانون يستبين أن له ثلاثة عناصر:

الأول: أن العقد هو عبارة عن توافق ارادتين أو اكثر، وذلك كما فى عقد البيع والايجار وغيرها، ومن ثم فإن الأمر اذا كان مجرد تصرف قانونى يتم بارادة واحدة فإنه لا يسمى عقداً بالمعنى القانونى الدقيق.

الثانى: أن تتجه الإرادتان أو ما زاد عليهما فى العقد على احداث أثر قانونى معين، فإذا لم يكن الاتفاق وارداً على ذلك، فلا يكون بصدد عقد، ومن ثم لا يكون من قبيل العقد توافق طرفين على حضور وليمة غذاء أو الذهاب لرحلة، أو من يتفق مع زميل له للنزهة فى سيارته.

الثالث: أن يتحدد نطاق العقد بأحكام التقنين المدنى: ويلزم لذلك: أن يكون الأداء الذى يلتزم به المدين فى العقد مالياً، فاذا لم يكن العقد مالياً كالزواج مثلاً، فهو رغم أنه توافق ارادتين فى اطار القانون الا انه لا يخضع للقواعد العامة التى تخضع لها العقود، حيث يخرج عن دائرة المعاملات المالية(٢٧)، كما يلزم بداهة ان يتم الاتفاق فى نطاق القانون المنظم له، فاذا تجاوز هذا النطاق إلى نطاق القانون العام مثلاً، وذلك كالمعاهدات التى تتم بين دولة وأخرى، فانها تخضع لقواعد القانون الدولى العام، وكذلك العقود التى تبرمها الدولة بوصفها صاحبة سيادة وسلطان مع الأفراد، فانها تخضع لأحكام القانون الادارى، وذلك كعقد التزام المرافق العامة والأشغال العامة، اما العقود التى تبرمها الدولة مع الأفراد بصفتها شخصاً عادياً، كقيام الدولة بتأجير أو بيع مال من أموالها الخاصة، فانها تخضع لقواعد القانون المدنى.

---

(٢٧) يرى جانب من الفقه أن مجال العقد يشمل دائرة القانون الخاص كلها بما فيها المعاملات المالية والأحوال الشخصية، د. عبد المنعم البدراوى - مصادر الالتزام - فقرة ٢١.

المبحث الثاني
أنــواع العقود

وللعقود أنواع متعددة، حيث تختلف باختلاف الناحية التي يقوم عليها تصنيف كل نوع ويمكن القول أن العقود تتنوع إلى.

٢٢- أولاً: العقد المسمي والعقد غير المسمي:

والعقد المسمي: هو الذى نظمه المشرع ووضع له اسماً معيناً، وقد سمى القانون المدني المصري أنواعاً معينة من العقود منها ما يرد على الملكية كالبيع والمقايضة، والهبة والشركة والقرض والصلح، ومنها ما يرد على الانتفاع كالايجاز والعارية، ومنها ما يرد على عمل الإنسان كالمقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة، ومنها عقود الغرر أو العقود الاجتماعية كعقد التأمين، والمرتب مدى الحياة، ومنها عقود التأمينات الشخصية كالكفالة، ومنها عقود التأمينات العينية كالرهن الرسمى والرهن الحيازى، ويلاحظ أن فكرة اعتبار عقد ما، مسمى أو غير مسمى نسبية يمكن أن تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر، فعقد الايجار يمكن أن يكون غير مسمى في البلاد التى يقل فيها تأجير العقارات بصفة عامة كما هو الأمر في بعض الدول الخليجية، وكما في عقد التأمين حيث لم يكن من قبيل العقود المسماة في القانون المدني المصري القديم، فلما ازدادت أهميته في وقتنا الحاضر، نظمة المشرع في التقنين المدني المصري الجديد واعتبره مسمى، وهناك عقود مسماة في بعض القوانين، ولكنها رغم أهميتها ليست مسماة في قانوننا، وذلك كما في عقد النشر وعقد النزول في فندق، وهكذا يتأكد القول بنسبية تلك الفكرة.

أما العقد غير المسمي: فهو الذى لم يضع له المشرع تنظيماً خاصاً ولم يختص باسم معين حتى ولو درج العمل على اضفاء اسم خاص يعرف

به، إذ المعول في ذلك على تنظيم المشرع للعقد، ومن امثلة العقد غير المسمى: عقد النشر، وعقد النزول بالفندق، والاتفاق الذى يتم بين كنية الطب وإدارة مستشفى على أن يضع الأخير عدداً من الأسرة تحت تصرف الكلية[٢٨].

ويبدو أهمية التفرقة بين النوعين في أن العقد المسمي يخضع للقواعد الخاصة التي وردت بشأنه في القانون وهي غالباً ما تكون قواعد مكملة لارادة المتعاقدين، فإذا لم توجد هذه القواعد الخاصة، فإنه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام بشأن العقد بصفة عامة أما العقد غير المسمى فإنه يخضع للمبادئ العامة في نظرية الالتزام.

٢٣- العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى:

والعقد الرضائى: هو الذى يكفى لانعقاده مجرد تراضى المتعاقدين، أى مجرد اتفاق ارادتيهما على انعقاده، وذلك كعقد البيع والايجار والوديعة والقرض والوكالة وغيرها من العقود الرضائية.

اما العقد الشكلي: فهو الذى لا يكفى لانعقاده مجرد التراض، وإنما يجب فضلاً عن ذلك اتباع شكل معين حدده القانون، وهذا الشكل يعتبر ركناً من أركان العقد لا ينعقد بدونه، وقد يكون هذا الشكل ورقة رسمية يتم افراغ ارادة المتعاقدين فيها أمام موظف عام مختص وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون، وفي هذه الحالة يسمى العقد الشكلى عقداً رسمياً، وذلك كالرهن الرسمي (مادة ١٠٣١/١ مدني مصرى)، وعقد هبة العقار (مادة ٤٨٨/١ مدني مصري).

وتهدف الشكلية إلى تنبيه المتعاقدين إلى أهمية العقد الذى يبرمانه وخطورته، وحماية الغير، وتنظيم الائتمان.

---

(٢٨) السنهورى - السابق - فقرة ٥١. د. عبد الرازق فرج - السابق - ص ٣٩.

وأما العقد العيني: فهو الذى لا يكفى التراض لانعقاده بل يجب إلى جانب ذلك، تسليم العين محل التعاقد، وذلك كما في عقد هبة المنقول حيث اجاز القانون ان تتم في محرر رسمي أو بالقبض (مادة ٤٨٨ مدني مصري).

وتظهر أهمية التفرقة بين العقد الرضائى والعقد الشكلى من جهة أن الأخير لا ينعقد بدون تلك الشكلية، ومن ثم فإنه يتعين الألتزام بها في العقد، وفي الوعد بابرامه (مادة ٢/١٠١ مدني مصري)، وكذلك في التوكيل بابرامه (مادة ٧٠٠ مدني مصري)، وفي التعديلات التي يتفق على إدخالها عليه وفي إجازته أن كان من العقود القابلة للابطال.

٢٤- مبدأ الرضائية ليس من النظام العام:

وإذا كان الأصل أن العقود رضائية، وان الشكلية ما هى الا استثناء على هذا الأصل، ومن ثم فإنها لا تكون لازمة لانعقاد العقد إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، ومع ذلك فإن جانباً كبيراً من الفقه يرى ان المتعاقدين يستطيعان أن يجعلا من العقد الرضائي عقداً شكلياً بالرغم من ان القانون لم يشترط لانعقاده شكلاً معيناً كما في العقد الرسمي، كالاتفاق علي ان يتم كتابة أو بورقة رسمية، وفي هذه الحالة يصبح العقد الرضائي عقداً شكلياً بالاتفاق.

ويشترط لصحة ذلك الاتفاق: ان يكون اتجاه ارادة المتعاقدين قاطعاً فى الدلالة على انهما قصدا ان يجعلا من العقد الرضائى عقدا شكلياً فإذا وجد شك وجب تغليب الصفة الرضائية لأنها هى الأصل[٢٩].

---

(٢٩) السنهورى - السابق - ص ١٥١ هامش ١، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٩ د.عبد الرازق فرج - فقرة ٣١.

الشكلية وطرق الاثبات:

ويجب التفرقة بين الكتابة كشكل لا ينعقد العقد الا به، وبينهما كوسيلة للثبات، فالقانون حين يستلزم لاثبات العقد الذى تزيد قيمته عن مائة جنيه ان يكون ثابتاً بالكتابة، فان عدم الكتابة لا يترتب عليها عدم انعقاده، وانما يعتبر العقد قائماً، ويجوز اثباته بطرق الاثبات الأخرى التى تحل محل الدليل الكتابى كالإقرار أو اليمين، ولو كانت الكتابة ركناً فى التعاقد ما انعقد العقد بدونها وذلك على نحو ما قضت به المادة (٥٥٢ مدنى) من أنه: "لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمى"، فالكتابة هنا لازمة لاثبات عقد الصلح وليست ركناً من اركانه.

٢٥- الفرق بين الشكلية وطرق الشهر:

والشهر فى بعض التصرفات القانونية اجراء يوجبه القانون حتى يترتب على التصرف أثره، وهو انتقال الملكية أو الحق العينى، ومن ثم فان الشهر أو التسجيل لا يعتبر شكلاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف القانونى، فعقد بيع العقار، ينعقد بمجرد التراضى، وتترتب على البيع آثاره وانما يتراخى انتقال الملكية إلى المشترى إلى حين الانتهاء من اجراءات التسجيل، ومع ذلك فإن شهر التصرفات القانونية لا يغنى عن الشكل، كما ان الأخير لا يغنى عن الشهر، ففى عقد هبة العقار يشترط القانون لتمام الهبة انعقادها فى شكل رسمى، ويلزم لانتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له تسجيل الهبة بالرغم من انها مفرغة فى شكل رسمى.

٢٦- العقود الملزمة لجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد:

والعقود تنقسم من حيث آثارها إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.

فالعقد الملزم لجانبين: هو الذى ينشئ التزامات متبادلة منذ انعقاده ويرتب التزامات متقابلة فى ذمة كل من طرفيه، فيكون بمقتضاه كل من

الطرفين دائناً ومديناً فى نفس الوقت، وذلك كما فى عقد البيع حيث ينشأ بمجرد انعقاده التزامات متقابلة فى ذمة كل من طرفيه، فالبائع يلتزم بنقل ملكية المبيع وتسليمه، كما يلتزم بالضمان، ويلتزم المشترى فى مقابل ذلك بالثمن.

وفى عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة، وبضمان الانتفاع بها، كما يلتزم المستأجر بدفع الأجرة، وبالمحافظة على العين المؤجرة وردها عند انتهاء عقد الإيجار.

اما العقد الملزم لجانب واحد: فهو الذى ينشأ منذ انعقاده التزامات فى ذمة احد طرفيه دون الآخر، فيكون هذا الطرف مديناً غير دائن والطرف الآخر دائناً غير مدين، وذلك كعقد الهبة بدون عوض، حيث يلتزم الواهب فيه بنقل ملكية الشيئ الموهوب وتسليمه، ولا يلتزم الموهوب له بشيئ، وكذلك فإنه فى عقد الوديعة بدون عوض يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيئ محل الوديعة، ويرده فى الأجل المحدد، دون ان يلتزم المودع نحو المودع لديه بأى التزام[٢٠].

٢٧- أهمية التفرقة بين العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد:

ويترتب على التفرقة بين العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد عدة نتائج هى:

أولا: فى العقود الملزمة لجانبين اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، كان للمتعاقد الآخر ان يطالب بفسخ العقد (مادة ١٧٥ مدنى مصرى)، اما فى العقود الملزمة لجانب واحد فلا مجال للفسخ ولا يكون امام الدائن الا ان يطالب مدينه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أو تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض.

---

(٢٠) د. عبد الرزاق فرج - ص ٤٦.

ثانيا: فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر بدلاً من ان يطالب بالفسخ ان يمتنع عن الوفاء بالإلتزام الذى يقع على عاتقه، ويدفع بعدم تنفيذه، حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، وهو لا يتصور الا فى العقود الملزمة للجانبين.

ثالثا: وفى العقود الملزمة للجانبين اذا استحال على احد المتعاقدين ان يقوم بتنفيذ التزامه، لسبب اجنبى لا يد له فيه، كالقوة القاهرة، فإن تحمل التبعة يختلف بحسب نوع العقد، فإذا كان العقد ملزما للجانبين واستحال على احد طرفيه ان يقوم بتنفيذ التزامه، سقط التزامه، وسقط بالتالى الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد بقوة القانون (مادة ١٥٩ مدنى مصرى)، ففى هذه العقود يتحمل المدين تبعة الاستحالة، فإذا هلك الشيئ المستأجر واستحال على المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وتحمل المؤجر تبعة الهلاك، وليس له أن يطالب المستأجر بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة.

اما فى العقود الملزمة لجانب واحد، فإن الدائن هو الذى يتحمل تبعة الاستحالة، ففى عقد الوديعة بدون أجر، تقع تبعة هلاك الشيئ بسبب اجنبى لا يد للمودع لديه فيه على المودع، ويعفى المودع لديه من التزامه[٢١].

٢٨- رابعا: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقد المعاوضة: هو الذى يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما اعطاه كالبيع والمقايضة والاجارة وغيرها.

---

(٢١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٨٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٣٥.

اما عقد التبرع: فإنه هو الذى لا يأخذ فيه احد المتعاقدين عوضاً لما اعطاه كالهبة والعارية والوديعة والقرض بدون فائدة.

٢٩- أهمية التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرع:

ويترتب على التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات عدة نتائج هامة تتمثل فيما يلى:

أولا: تختلف الأهلية فى التبرعات عنها فى عقود المعاوضات فتبرعات الصبى المميز، ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة تقع باطلة بطلاناً مطلقاً، اما المعاوضات التى تصدر منهما فهى قابلة للإبطال، أى باطلة بطلاناً نسبياً (مادة ١١١ مدنى مصرى)، وكذلك فإنه لا يجوز للولى على المال سواء أكان ولياً شرعياً كالأب والجد أم وصياً أم قيماً، أن يتبرع من مال الصغير أو المحجور عليه إلا بإذن من المحكمة وبشرط أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي.

إما في حالة المعاوضات؛ فإن للولى الشرعي إذا كان هو الأب أن يقوم بها بغير إذن سواء كانت من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة، أما الجد والوصي والقيم، فإن لهم في الأصل القيام بأعمال الإدارة بغير إذن، أما أعمال التصرف فيشترط لإتمامها إذن المحكمة.

ثانياً: مسئولية المتبرع أخف من مسئولية المعاوض، فمسئولية المودع عنده، وهو متبرع بخدمته حالة ما إذا كانت الوديعة بغير أجر، أخف من مسئولية المستأجر، لأن الأخير ينتفع بالعين المؤجرة في مقابل دفع الأجرة، ولكن مسئولية المتبرع له أشد من مسئولية المستأجر، ومسئولية الموهوب له أشد من مسئولية المشترى.

ثالثاً: الغلط في شخص المتعاقد يؤثر على عقود التبرع، لأن لشخصية المتعاقد اعتباراً لدى المتبرع، لأن المتبرع يعنيه أن يتبرع لشخص

معين بالذات، ولهذا فإن الغلط فيها يجعل العقد قابلاً للإبطال، أما في عقود المعاوضة، فإن العقد لا يؤثر فيها كقاعدة عامة، اللهم إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار كمن يتعاقد مع قارئ معين للقرآن الكريم، أو خطاط معين ليكتب له لوحة في مقابل أجر معين، وكما في عقد الشركة، وعقد المزارعة فإن شخصية المتعاقد فيهما تكون محل اعتبار.

رابعاً: يلتزم المعاوض كالبائع والمؤجر في عقود المعاوضة بالضمان، فكل منهما يعتبر مسئولاً عن كل تعرض أو استحقاق أو عن ظهور عيوب خفية في العين، أما في عقود التبرع، فإن الأصل فيها أن المتبرع لا يلتزم بالضمان، ففي عقد الهيبة مثلاً - لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الشيىء الموهوب، اللهم إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق، أو كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأولي يقرر القاضى للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابة من ضرر وفي الحالة الثانية، لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من العوض (مادة ٤٦٤/١ مدني مصرى).

خامساً: اجاز القانون للدائنين بشروط خاصة، أن يطعنوا بالدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات) في تصرفات المدين الضارة بهم، والتى يترتب عليها إعسار المدين أو زيادة اعساره، فإذا كان التصرف الذى اجراه المدين تبرعاً كالهبة، جاز للدائنين أن يطعنوا في التصرف دون حاجة إلى اثبات سوء نية الموهوب له، أما في عقود المعاوضات كالبيع فإنه يجب على الدائن حتى تقبل الدعوى أن يثبت سوء نية المدين المتصرف، وعلم المتصرف إليه بذلك (مادة ٢٣٨ مدني مصري)[٣٢].

---

(٣٢) السنهوري - فقرة ٦٠، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٣٧، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٦٠، د. انور سلطان - مصادر الالتزام - فقرة ١٢ - دار النهضة بيروت ١٩٨٣م.

٣٠- خامساً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

العقد المحدد: هو الذى يتحدد فيه وقت انعقاده مقدار الأداء الذى يبذله كل من المتعاقدين ولو انتفى التعادل بين الأدائين، كبيع شيء معين بثمن معين، أما العقد الاحتمالى، أو عقد الغرر، فهو الذى يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الأداء الذى يبذله أو يأخذه كل متعاقد، لوجود عنصر احتمالى فيه، كعقد التأمين، وعقد بيع الاشياء المستقبلة في بعض الحالات، وكعقد المرتب مدى الحياة. وأهمية هذا التقسيم تتضح في أمرين:

أولهما: أن الغبن لا يؤثر كمبدأ عام في العقود الاحتمالية.

وثانيهما: ان عنصر الاحتمال يعتبر عنصراً أساسياً في العقد الاحتمالى بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد، كبيع عقار مقابل ايراد مرتب لمدى حياة شخص تبين انه قد مات قبل انعقاد العقد.

٣١- سادساً: العقود الفورية والعقود الممتدة:

والعقد الفورى: هو الذى يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع عادة، إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشترى بدفع الثمن، وقد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل محدد اختيارياً كما لو اتفق على تأجيل تسليم المبيع أو على تأجيل دفع الثمن، أو اجبارياً، كبيع شيء في حالته المستقبلة إذ يجب مرور بعض الوقت لاعداد المبيع، ولكن التأجيل في حالتى الاختيار والاجبار لا يؤثر على طبيعته، بل يظل عقداً فورياً لأن تدخل عنصر الزمن فيه يعتبر تدخل عارضاً لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع.

أما العقد الممتد: فهو الذى ينفذ فيه الالتزام بأداءات مستمرة، كما في عقد الايجار، إذ يستمر فيه الانتفاع بالعين طوال مدة الايجار، أو أداءات دورية، كعقد التوريد، إذ يتكرر تنفيذه مدة من الزمن، والعقد

الممتد يعتبر الزمن فيه عنصراً جوهرياً بحيث يتوقف على هذا العنصر تحديد مقدار محل الالتزام، وذلك كما في الايجار، حيث يتحدد مقدار المنفعة بقدر زمن الانتفاع كما يقدر به مقدار الأجرة، لأنها تقابل الانتفاع.

وتظهر أهمية هذا التقسيم للعقود فيما يتعلق بالفسخ: فهو في العقود الفورية يكون له أثر رجعى، أما بالنسبة للعقود الممتدة فإنه لا يكون له هذا الأثر.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالظروف الطارئة، فهي تنصرف أصلاً إلى العقود الممتدة، وأخيراً فإن الاعذار يعتبر شرطاً لاستحقاق التعويض في العقد الفورى، على حين انه لا ضرورة له بالنسبة للعقد الممتد[٣٣].

٣٢- سابعاً: العقد البسيط والعقد المختلط:

العقد البسيط: هو الذى يتناول نوعاً واحداً من العقود كالبيع أو الايجار، أما العقد المختلط؛ فهو الذى يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها بالآخر، وغالباً ما يكون من العقود غير المسماة، وذلك كالعقد بين النزيل وصاحب الفندق، فهو يمثل عقد ايجار بالنسبة للغرفة، وعقد عمل بالنسبة للخدمة، وعقد بيع بالنسبة للطعام، وعقد وديعة بالنسبة للامتعة، وكذلك العقد بين صاحب المسرح والجمهور، فهو يمثل عقد ايجار بالنسبة للمقعد، وعقد عمل بالنسبة للرواية التى تعرض.

والعقد المختلط تطبق عليه فيما يتعلق بتفسيره احكام العقود المختلطة التى امتزجت فيه، بيد أن هذه العقود إذا تعارضت أحكامها، فإنه يجب ترجيح أحد العقود باعتباره العقد الرئيسي، وتطبق أحكام هذا العقد دون سواه، وهذا ما فعله القضاء المصري بالنسبة لعقد التليفون، وهو يدور بين

(٣٣) د. انور سلطان - فقرة ١٥.

عقد العمل وعقد الايجار، فغلب فيه عنصر العمل، ورفض دعوى استرداد الحيازة التى رفعها مشترك قطعت عنه الحرارة، وهو - أيضاً - ما فعله المشرع المصري بالنسبة نعقود البيع بالتقسيط التى كانت توصف بأنها ايجارات حيث اعتبرها بيوعاً ولو كان يطلق عليها ايجاراً (مادة ٤٣٠ مدنى مصرى).

الفصل الثاني

انعقاد العقد

٣٣- يتم انعقاد العقد بتوافق ارادتين على احداث أثر قانوني معين ومن ثم فإنه يلزم لانعقاده وجود التراضى بين الطرفين، وهذا هو الركن الأول في العقد.

وهذا العقد يجب أن يكون له محل يرد عليه، بحيث يمثل أثراً له كإنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو أنهائه، ومن ثم وجب أن يكون المحل هو الركن الثاني في العقد.

ويجب فضلاً عن ذلك أن يكون للتعاقد باعث مشروع، وهذا الباعث هو ما يعرف بسبب العقد الذى يمثل ركناً ثالثاً فيه، ومن ثم يكون من اللازم لانعقاد العقد توافر تلك الأركان الثلاثة، وهي الرضا والمحل والسبب، ويطلق عليها جانب من الفقه شروط انعقاد العقد، ويضاف إليها ركن الشكلية في العقود التى اشترط لها المشرع ذلك، فإذا تخلف ركن من تلك الأركان يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ونخصص لبيان كل ركن من هذه الأركان مبحثاً.

المبحث الأول

التراضى في إبرام العقد

٣٤- ويقصد بالتراضى في إبرام العقد: أن تتوافق ارادتان أو أكثر على احداث أثر قانوني معين، فإذا لم يوجد التراضى فإن العقد لا ينعقد ويجب أن يكون التراضى صادراً من شخص تتوافر فيه أهلية العبارة فإذا كان عديم التمييز كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذا كان ناقص الأهلية

كان العقد قابلاً للابطال لمصلحته، ومن ثم يلزم أن يكون التراضي سليماً خالياً من العيوب.

ويبدو من ذلك أن الكلام عن التراضي يستلزم أن نبين وجوده في مطلب أول، ثم نبين صحة التراضي في مطلب ثان.

المطلب الأول

وجود التراضي

٣٥- حتى يقوم الرضا في العقد، يلزم وجود الإرادة لدى كل من طرفيه فإذا لم توجد الإرادة لأى سبب من الأسباب فإن الرضا لا يتوافر ومن ثم لا ينعقد العقد، حيث لا يتعاقد من لا يريد، ولكي يتوافر الرضا بالعقد يجب أن تكون الارادة صحيحة واعية من شخص يعقل معنى التصرف، وأن يكون مدركاً لماهية العقد، فعديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا إرادة لهما، ومثل ذلك من فقد وعيه بسبب السكر أو المرض أو التنويم المغناطيسي.

٣٦- ويجب أن تتجه الارادة إلى احداث اثر قانوني معين، فإذا لم تتجه إلى احداث هذا الاثر فلا عبرة بها، ومن ثم لا يعتد بارادة الهازل، ولا بالارادة الصورية، ولا بالارادة المعلقة على محض مشيئة صاحبها، كأن يقول شخص لآخر: "بيعك سيارتي متى شئت، أو التزم بوضع مكتبي تحت تصرفك كلما تراءى لي ذلك"، ففي هاتين الحالتين وامثالهما لا ينعقد العقد لعدم اتجاه الارادة إلى إنشاء الالتزام، ومن باب أولى فإن العقد لا ينعقد إذا كانت الارادة تتجه إلى أمر يدخل في باب المجاملات أو العادات الاجتماعية، كاتفاق طرفين على حضور حفلة

...، أو السفر للنزهة، أو التبرع بتقديم خدمة مجانية[٣٤].

ولا يكفى أن توجد الإرادة، وإنما لابد أن يعبر عنها صاحبها، وقد يحدث أن يختلف التعبير عن الإرادة مع الارادة ذاتها، وهذا ما يعرف في الفقه بالإرادة الظاهرة والارادة الباطنة، كما يجب أن تتطابق الارادتان، وذلك ما ينبغى بيانه مع بعض صور التراضى الخاصة.

الفرع الأول
التعبير عن الارادة

٣٧- لا يهتم القانون بالارادة إلا إذا افصح عنها صاحبها، والافصاح عن الارادة هو ما يعرف بالتعبير عن الارادة، ويقصد به المظهر الذى تتخذه الارادة عند خروجها إلى العالم الخارجي، وهذا التعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، وقد نصت على هذين النوعين من التعبير (المادة ٩ مدنى مصرى) بقولها: "١- التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"، ونبين ذلك:

٣٨- أولاً: التعبير الصريح عن الارادة:

والتعبير الصريح عن الإرادة: هو الذى يراد به الافصاح عما في ضمير المتعاقد بطريقة مباشرة حسب المألوف بين الناس، وقد يتم ذلك باللفظ الدال على المعني المراد. سواء كان مباشراً، أو غير مباشر بواسطة الهاتف أو ارسال رسول ينقل تعبير المتعاقد عن ارادته، كما قد يكون

---

(٣٤) السنهورى - فقرة ٧٢، د. عبد الرازق حسن فرج - فقرة ٤٧، د. عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٢.

التعبير الصريح بالكتابة أيا كان شكلها، عرفية أو رسمية في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو اعلان، مطبوعة أو غير مطبوعة، وقد يكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة عرفاً كهز الرأس عمودياً تعبيراً عن الموافقة، وهزها أفقياً تعبيراً عن الرفض، كما قد يكون التعبير الصريح باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، وذلك مثل وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها، وكعرض التاجر للبضائع في واجهة متجره مع بيان اثمانها عليها، حيث يعتبر ذلك بمثابة ايجاب موجه للكافة.

٣٩- ثانياً: التعبير الضمني عن الارادة:

والتعبير الضمني عن الارادة: هو الذى يكشف عنها بطريق غير مباشر، بمعنى أن الارادة فيه لم تتخذ في التعبير عنها وسيلة موضوعة لذاتها تكشف عنها، وإنما يمكن استنباطها من ظروف الحال[٣٥]، وذلك كأن يقوم شخص ببيع شيء عرض عليه ليشتريه، أو تغييره، كما لو كان ثوباً فخاطه أو قمحاً فطحنه، وكبقاء المستأجر في العين المستأجرة بعد انتهاء مدة الاجارة، حيث يفيد كل ذلك ان ثمة ارادة ضمنية قد اتجهت إلى قبول البيع في الحالات الأولى وتجديد عقد الاجارة في الحالة الأخيرة.

والقاعدة العامة وأن كانت تقضى بأن التعبير الضمنى كالتعبير الصريح في أن كلا منهما يكفى للكشف عن مكنون الارادة، إلا أن التعبير الصريح يكون لازماً إذا تطلب القانون شكلاً خاصاً لابرام العقد، ومن ثم فإنه يجب افراغ العقد في هذا الشكل، وقد يوجب القانون التعبير الصريح، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٥٩٧ مدنى مصرى) من أنه: "يلزم لاعفاء المستأجر الأصلي من ضمان الوفاء بالأجرة ممن يتزل إليه عن

(٣٥) السنهورى - فقرة ٧٦. د. عبد الرازق فرج - فقرة ٤٩.

الايجار لمصلحة المؤجر أن يصدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار[٣٦]".

وقد يتفق الطرفان على وجوب أن يكون التعبير صريحاً، كأن يشترط المؤجر على المستأجر ضرورة أخطاره كتابة برغبته في انهاء عقد الايجار، أو أن يتفقا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يبقى منتفعاً بالعين المؤجرة بعد انتهاء الايجار، الا بموافقة صريحة من المؤجر[٣٧].

٤- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة:

الاصل في السكوت أنه لا يصلح للتعبير عن الارادة، كما انه لا يعتبر ارادة ضمنية لانه عدم، يدل على الرفض لاعلى القبول، ومن ثم فإنه لا يصلح أن يكون ايجاباً، لأنه وضع سلبي، والايجاب عرض موجه من شخص إلى آخر، ولا يتصور ان يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت.

الا ان الأمر بالنسبة للقبول يختلف؛ حيث يصلح للتعبير عنه في حالات معينة تعتبر استثناء على مبدأ أنه: "لا ينسب لساكت قول"، حيث يعتبر السكوت قبولاً إذا كان موصوفاً أو ملابساً.

أولاً: السكوت الموصوف:

هو أن يسكت الشخص في الحالات التي يوجب عليه الاتفاق أو القانون ان يعبر صراحة عن عدم رغبته في التعاقد، وسكوته في تلك الحالة يعتبر قبولاً ويسمى بالسكوت الموصوف.

---

(٣٦) - وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٨٤٤ مدني مصرى؛ من ضرورة وجود اتفاق صريح على الاعفاء من الضمان في القسمة بين المتقاسمين لتحقيق هذا الاعفاء.

(٣٧) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٢٥، د. إسماعيل غانم - مصادر الالتزام - فقرة ٥٠. د. عبد الرازق فرج فقرة ٤٥.

ومثاله ما تقضى به المادة ٤٢١ مدنى مصرى، في البيع بشرط التجربة من أنه: "يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو أن يرفضه خلال مدة معينة، فإذا انقضت هذه المدة، دون ان يعبر المشترى عن ارادته وسكت، فإن سكوته يعتبر قبولاً".

ومن السكوت التى يعتبر قبولاً بالاتفاق؛ ان يبرم شخصان عقد ايجار أو عقد عمل لمدة محددة، ويتم الاتفاق بينهما على ان يتجدد العقد لمدة أخرى، إذا لم يقم أحدهما باخطار الطرف الآخر برغبته في انهاء العقد، وبعدم تجديده قبل انقضاء مدته، فإذا انقضت مدة العقد الأول وسكت الطرفان، فإن سكوتهما يعتبر رضاء بابرام العقد[٣٨].

ثانياً: السكوت الملابس:

وهو السكوت الذى تحيط به ظروف ترجح دلالته على الرضا والقبول ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١/٩٨ مدنى مصرى) من انه: "١- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب.

٢- ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الايجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه".

ويبدو من هذا النص أن السكوت الملابس يعتبر قبولاً في حالات هى:

---

(٣٨) د. إسماعيل غانم - فقرة ٤٥.

(أ) أن يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين من شأنه ان يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله، كأن يعتاد تاجر الجملة في موعد دورى معين أن يقوم بإرسال بضاعة معينة إلى عميله، دون أن ينتظر رداً، فيعتبر السكوت في تلك الحالة قبولاً.

(ب) إذا كان العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على اعتبار السكوت قبولاً، كأن يرسل البنك لعميلة كشفاً بحسابه في البنك ويذكر له أن عدم الاعتراض على هذا البيان في وقت مناسب يعتبر اقراراً للحساب.

(جـ) إذا كانت طبيعة المعاملة تقضى باعتبار السكوت قبولاً كأن يقوم التاجر بارسال فاتورة بالبضائع إلى المشترى متضمنة شروط البيع، ولم يقم المشترى برفض هذه الشرط أو الاعتراض عليها، فيعتبر سكوته قبولاً لها.

(د) أن يتمخض الايجاب لمصلحة من وجه إليه، كأن يسكت الموهوب له في هبة لا يشترط فيها الرسمية، وكأن يعرض المؤجر على المستأجر تخفيض الأجرة فيسكت، أو أن يعرض البائع على المشترى تخفيض الثمن فيسكت، فإن السكون في تلك الحالات يعتبر قبولاً[٣٩].

وهذه الحالات الواردة في المادة (٩٨) لم ترد على سبيل الحصر، وإنما هى على سبيل المثال، ومن ثم فإن كل سكوت تحيط به قرائن تدل على الرضا فإنه يأخذ حكمها.

---

(٣٩) السنهورى - فقرة ١١٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٥٢.

الفرع الثاني
الاختلاف بين الارادة والتعبير عنها

٤١- من المتفق عليه أن الارادة لابد ان يتم التعبير عنها حتى يترتب عليها أثرها، فإذا صدر التعبير موافقاً للارادة فلا صعوبة في هذه الحالة، اما إذا حدث اختلاف بين الارادة ووسيلة التعبير عنها ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى اعتبار أى منهما، وما إذا كان من الواجب أن نبحث عن الارادة الحقيقية أو الباطنة، أم يكفي ان نقف عند حدود التعبير الظاهر، وذلك مثل أن يقوم تاجر بعرض سلعة على العميل ويكتب عليها ثمناً اتضح انه اقل من الثمن الذى يريد البيع به، أو ان يوقع شخص على عقد مطبوع لم يفطن إلى ما فيه من شروط لا يقبلها، هناك نظريتان في هذا الصدد.

٤٢- أولاهما: نظرية الارادة الباطنة:

وهذه النظرية لا تعتد إلا بالارادة الحقيقية الكامنة في نفس صاحبها، والتعبير لدى انصار تلك النظرية ليس إلا دليلاً على الارادة يمكن أن يقبل اثبات العكس، فإذا تعارض مع الارادة الباطنة كانت الأولوية لها[٤٠]، بشرط أن تكون تلك الارادة الباطنة جدية لا هزل فيها.

٤٣- ثانيتهما: نظرية الارادة الظاهرة أو اعلان الارادة:

ومؤدي هذه النظرية هو الاعتداد بالارادة الظاهرة، أى أنها تقف عند المظهر المادى الذى يستطيع المتعاملون ادراكه، لأن القانون ظاهرة اجتماعية، والارادة لا تأخذ مظهراً اجتماعياً الا بالتعبير عنها. ومن ثم يكون هذا التعبير هو المعول عليه بشرط ان تكون هناك ارادة كامنة و

---

(٤٠) السنهورى - فقرة ٧٨، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٢٨، د. عبد الرزاق [illegible] - فقرة ٦٠، د. إسماعيل غانم - فقرة ٥٢.

تلك الارادة الظاهرة، فاذا انعدمت كالمجنون وغير المميز فلا أثر لارادتهما.

اما الارادة الباطنة وحدها فهي امر نفسي لا يعتد به إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي، وفي نظر اصحاب تلك النظرية، فإنه إذا اختلف التعبير في الارادة الظاهرة عنه في الارادة الباطنة، كانت العبرة بالارادة الظاهرة[٤١].

وقد سادت هذه النظرية في التشريعات الجرمانية وعلى رأسها القانون الالماني، والفرق بين النظريتين ضئيل في الواقع، ولا يبدو هذا الفارق الا في الحالات التي يثبت فيها الاختلاف بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة، ولهذا فإن كثيراً من التشريعات الحديثة تأخذ بكل من النظريتين بالقدر الذى يقتضيه استقرار التعامل.

٤٤ - اتجاه المشرع المصري:

وقد اعتد المشرع المصري في التقنين المدنى الحالى بفكرة الارادة الباطنة، وأخذ بها عند الكلام على عيوب الارادة وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، فجعل من هذه العيوب سبباً لابطال العقد لعدم سلامة الارادة.

كما اعتد بها عند الكلام على الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب للالتزام الارادى، وقضى ببطلان العقد إذا كان سببه غير موجود أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب، كما أخذ بها في تفسير العقد إذا كانت عبارته غير واضحة، فأوجب في تلك الحالة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[٤٢].

---

(٤١) السنهورى - فقرة ٧٩، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٦١.

(٤٢) مادة ٢/١٥٠ مدني مصرى.

كما غلب الأخذ بمبدأ الارادة الظاهرة في حالات كثيرة، وذلك رعاية لاستقرار التعامل ومن تلك الحالات:

(أ) ما نصت عليه المادة (٨٩ مدني) من أنه: "يتم التعاقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين".

(ب) وما قضت به المادة (٩١ مدني) من ان التعبير عن الارادة: "ينتج اثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه" لا من وقت صدوره واستناداً إلى ذلك. فإنه إذا كان من وجه إليه الايجاب قد قبله ثم عدل عن قبوله، ولكن القبول قد وصل إلى علم الموجب قبل ان يصل العدول، فإن العقد يتم على أساس الارادة الظاهرة بالرغم من تغيير ارادته الباطنة في ذلك الوقت[٤٣].

(جـ) وما قضت به المادة (٩٢ مدني) من انه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير اثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه".

(د) ما قضت به المادة (١٢٠ مدني) من ان الغلط لا يبطل العقد الا إذا انفرد به أحد المتعاقدين و لم يقع فيه المتعاقد الآخر و لم يكن من السهل عليه أن يتنبه.

(هـ) وما قضت به المادة (١٢٩ مدني) من انه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فلا يؤدى إلى طلب ابطال العقد إلا إذا ثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً ان يعلم بهذا التدليس.

(و) ومن ذلك ما قضت به المادة ١/١٥٠ مدني، من أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

---

(٤٣) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٢

الفرع الثالث

الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الارادة أثره

٤٥- يثور التساؤل عن الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني، وقد اجابت عن ذلك المادة (٩١ مدني) بقولها: "ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ويستفاد من هذا النص: أن التعبير عن الارادة في التعاقد سواء كان ايجاباً أم قبولاً، لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ولكن هذه القرينة غير قاطعة، فيجوز ان يقوم الدليل على أن من وجه إليه التعبير لم يعلم به بالرغم من وصوله إليه، فلا يكون له وجود قانوني، وإن كان له وجود فعلى منذ صدوره.

فإذا كان التعبير عن الارادة ايجاباً، وهو عبارة عن العرض البات للتعاقد، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ومنذ هذه اللحظة يصبح هذا الايجاب صالحاً للقبول، وللموجب ان يعدل عن ايجابه مادام لم يتصل بعلم من وجه إليه، بل إن له أن يرجع في ايجابه مادام غير ملزم، ويكون الايجاب ملزماً إذا كانت قد حددت له مدة معينة يظل الموجب فيها ملزماً بالبقاء على ايجابه، وإذا كان هذا التعبير قبولاً، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، والاثر المترتب على ذلك هو اقتران القبول بالايجاب وبالتالى ينعقد العقد، ويستطيع القابل ان يرجع في قبوله مادام لم يتصل بعلم الموجب، فلا ينعقد العقد في هذه الحالة، اما إذا اتصل بعلم الموجب، فإنه لا يعتد برجوع القابل، لأن العقد قد انعقد، ولا

يستطيع أحد طرفيه ان يرجع فيه بارادته المنفردة[٤٤].

٤٦- موت من صدر منه التعبير أو فقده لأهليته:

وإذا كان من صدر منه التعبير عن الارادة هو الموجب ثم مات أو فقد أهليته بعد ان صدر منه الايجاب، وقبل ان يصل هذا الايجاب إلى علم من وجه إليه، فإذا ما قبل الأخير الايجاب تم العقد بالرغم من موت الموجب أو فقده لأهليته، لأن ورثة الموجب يحلون محله في العلم بالقبول، فينعقد العقد في هذه الحالة بعلم ورثة الموجب بالقبول، اللهم إلا إذا كانت شخصية الموجب محل اعتبار في التعاقد، وفي هذه الحالة لا يتم العقد، وهذا الحكم ذاته هو الواجب التطبيق عند فقد الأهلية.

وقد نصت على ذلك المادة (٩٢ مدني مصري) بقولها: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته، قبل ان ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

٤٧- وإذا كان من صدر منه التعبير عن الارادة هو القابل، ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب، فإنه طبقاً لأحكام المادة (٩٢ مدني مصري) لا يسقط القبول، ويستمر بعد موت صاحبه أو فقده لأهليته، ويحدث أثره بمجرد وصوله إلى علم الموجب فينشأ العقد، ويلتزم به ورثة القابل، وينفذ في تركته إلا إذا اتضح من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخصية القابل محل اعتبار، وذلك مما لا خلاف عليه بين الفقهاء.

---

(٤٤) السنهوري - فقرة ٨١، د. إسماعيل غانم - فقرة ٥٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٦٤، د. عبد المنعم البدراوي - فقرة ١٣٤.

٤- موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته:

وإذا مات من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته قبل أن يعلم بـه، وكـان هذا التعبير ايجاباً، فإن العقد لا ينعقد، لأن الايجاب لا يترتب عليه أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه، ومن ثم فلا يحق للورثة أو لمن ينوب عنهـم ان يحلوا محله في القبول، لأن الحق في القبول لم يكـن قـد نشـأ للمـورث فـلا ينتقل إلى ورثته(٤٥).

إما إذا كان التعبير قبولاً، ومات الموجب أو فقد أهليته قبـل ان يعلـم به، فإن العقد ينعقد إذا وصل القبول إلى علم ورثة الموجب أو مـن ينـوب عنه، ويحلون محله في العلم بالقبول.

٤٩- وإذا مات من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته بعد علمه به وقبل صدور تعبير منه بالقبول، وكان هذا التعبـير ايجاباً، فـالراجح أن الايجـاب يسقط، وبالتالى لا ينعقد العقد، وليس للورثة أو من ينوب عنهم ان يحلـوا محلـه فـى القبـول، لأن القبـول رخصـة شـخصية مقصـورة على شـخص صاحبها ولا ينتقل لغيره.

وإذا كان التعبير قبولاً، ومات من وجه إليه هذا القبول وهو الموجب أو فقد أهليته بعد أن علم به فإن العقد يكون قـد تم فـى هـذه الحالـة قبـل الموت أوفقد الأهلية، فيرتبط به الورثة أو النائب(٤٦).

---

(٤٥) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٣٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٦٥.

(٤٦) د. عبد الرازق فرج - السابق.

الفرع الرابع

توافق الارادتين

٥٠- ويتحقق توافق الارادتين بأن يقترن الايجاب بقبول يتطابق معه، وفى هذه الحالة يتم انعقاد العقد، وقد نصت المادة (٨٩ مدنى مصرى) على أنه: ينشأ العقد من تبادل طرفيه التعبير عن ارادتين متطابقتين، وتسمى الأولى بالايجاب وتسمى الارادة الثانية بالقبول.

٥١- أولاً: الايجاب:

الايجاب تعبير عن الارادة يصدر من الشخص على وجه بات يعبر فيه عن رغبته فى ابرام عقد معين، فإذا ما اقترن به القبول وكان مطابقاً له انعقد العقد.

ولما كان الايجاب هو الارادة الأولى التى تظهر فى العقد، فإنه يتعين - لذلك - أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لوجود الارادة وانصرافها إلى إحداث أثر قانونى معين.

ويشترط فى الايجاب أن يكون باتا لأنه عرض غير حازم، وليس دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، ولا يتعارض مع كون الايجاب باتا أن يقترن بتحفظ صريح أو ضمنى، كما لو عرض شخص سلعة للتعاقد بثمن معين، واحتفظ لنفسه بحق تعديل الثمن وفقاً لارتفاع الأسعار، فالايجاب هنا معلق على شرط عدم تغيير الأسعار، فإذا اقترن به القبول قبل تغير الأسعار تم التعاقد على أساس السعر المحدد بالايجاب[٤٧].

---

(٤٧) السنهورى - فقرة ١٠١، د. اسماعيل غانم - فقرة ٥٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٦٧.

ويجب ان يكون الايجاب - كذلك - شاملاً لجميع العناصر الأساسية للعقد الذى يراد ابرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به، كان يبين المحل والثمن فى عقد البيع.

٥٢- متى يكون الايجاب ملزماً:

إذا لم يتصل الايجاب بعلم من وجه إليه فإنه لا يترتب عليه أى التزام، وذلك وفقاً لما قضت به المادة (٩١ مدنى)، وللموجب ان يعدل عن ايجابه كان يسترد رسالته من البريد، أو أن يرسل العدول عن ايجابه إلى من وجه إليه قبل وصول الايجاب.

أما إذا وصل الايجاب إلى علم من وجه إليه، فإنه لا يجوز العدول عنه إذا كان قد اقترن بتحديد ميعاد للقبول، فالايجاب فى هذه الحالة يعتبر ايجاباً ملزماً، وقد نصت المادة (٩٣ مدنى مصرى) على أنه:"١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

ويبدو من هذا النص: أن الايجاب يكون ملزماً، إذا عين للقبول ميعاد صريح، كأسبوع أو شهر، كما أن هذا الميعاد قد يكون ضمنياً، مستفاداً من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وذلك كما فى حالة ايجاب شخص على نفسه بيع شئ بشرط التجربة، فإن هذا الايجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بايجابه طوال المدة اللازمة للتجربة، وإذا حدث نزاع حول تحديد المدة، فإن تقديرها يكون متروكاً للقاضى.

وإذا كان التعاقد قد تم بطريق المراسلة، فإن الموجب يبقى ملتزماً بايجابه طوال المدة اللازمة لوصول الايجاب إلى علم من وجه إليه، وتلقى الرد عليه بالطرق العادية، ولا يسأل عن وصول الايجاب أو القبول فى

وقت متأخر[٤٨].

أما إذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون أن يحدد ميعاد للقبول، فإن للموجب أن يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الشأن إذا صدر الايجاب من شخص إلي آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل.

٥٣- حالات سقوط الايجاب:

وإذا كان من المقرر أنه يجوز للموجب أن يرجع في ايجابه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه، أى قبل أن ينتج أثره، فإن هذا السبب للرجوع في الايجاب وسقوطه، تضاف إليه مجموعة أسباب أخرى بعد أن يكون قد أنتج أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه، فإذا كان الايجاب ملزماً في تلك الحالات، فإنه يسقط في حالتين:

الأولى: إذا رفض الموجب له الايجاب، حتى ولو لم ينقض الميعاد المحدد للقبول، وقد يكون هذا الرفض رفضاً محضاً، وقد يكون في صورة تعديل للايجاب، أو ايجاباً جديداً يتعارض مع الايجاب الأول.

الثانية: انقضاء المدة المحددة لقبول الايجاب دون أن يصدر هذا القبول.

ويضاف إلى ذلك، أن الايجاب يكون غير ملزم ومن ثم فإنه يسقط في الحالات الآتية:

أ - إذا رفض الايجاب من وجه إليه.

ب- إذا عدل الموجب عن ايجابه قبل أن يصدر القبول.

---

(٤٨) السنهوري - فقرة ١٠٤. د. أنور سلطان - فقرة ٦٧، د. اسماعيل غانم - فقرة ٦٠، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٦٨.

جـ- إذا انفض مجلس العقد قبل أن يصدر القبول حتى ولو لم يرجع الموجب في ايجابه(٤٩).

٥٤- ثانياً: القبول:

والقبول هو التعبير النهائي البات عن ارادة الطرف الذى وجه إليه الايجاب، وهو الارادة الثانية، فالعقد لا ينعقد إلا بإرادتين.

والأصل أن يكون لمن وجه إليه الايجاب حرية الاختيار بين قبوله ورفضه، ولا يكون مسئولاً بسبب رفضه قبول الايجاب، إلا إذا كان قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعه(٥٠).

٥٥- الشروط التى يجب أن تتوافر في القبول:

ويشترط في القبول حتى ينعقد به العقد أن تتوافر الشروط الآتية:

أولاً: يجب أن تتوافر في القبول الشروط الواجب توافرها في الارادة، من حيث وجودها، واتجاه نية من صدر منه القبول إلى احداث أثر معين.

ثانياً: أن يصدر القبول قبل أن يسقط الايجاب، فإذا صدر بعد سقوط الايجاب، فإنه يكون ايجاباً جديداً يجوز للطرف الآخر أن يقبله.

ثالثاً: أن يكون القبول مطابقاً للايجاب، فإذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه، أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً(٥١).

---

(٤٩) السنهورى - فقرة ١٠٦، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٨٨، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٤٦، د. عبد الرزاق فرج - فقرة ٦٩.

(٥٠) وقد نصت على ذلك المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري. وراجع: د. إسماعيل غانم - فقرة ٦٢.

(٥١) مادة ٩٦ مدني مصرى.

ويجب أن يكون تطابق القبول مع الايجاب على نحو تام، ومع ذلك فإنه يكفى أن يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية حتى ولو اختفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، وفي هذه الحالة يعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة[٥٢].

٥٦- حالات خاصة للقبول:

وهناك حالات خاصة للقبول تتميز في طبيعتها عن القبول الذى يصدر وفقاً للقواعد العامة، وذلك كما في حالة القبول في عقود المزاد، وحالة القبول في عقود الاذعان، والقبول في التعاقد بالمراسلة.

أولاً: القبول في عقود المزاد:

تنص المادة (٩٩ مدني مصرى) على انه: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً"، ويبدو من هذا النص أن طرح الصفقة في عقود المزاد يعتبر من قبيل الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض، والايجاب هو التقدم بعطاء، ويسقط العطاء وهو بمثابة ايجاب بعطاء يزيد عليه، حتى ولو كان هذا العطاء الجديد باطلاً كما لو صدر عن صبى غير مميز أو من مجنون، أما القبول في هذه العقود فهو ارساء المزاد لمن يرسو عليه[٥٣].

---

(٥٢) مادة ٩٥ مدني مصرى

(٥٣) السنهورى - فقرة ١١٥، د. أنور سلطان - فقرة ٩٣، د. سمير تناغو - فقرة ٩٣، د.إسماعيل غانم - فقرة ٧٤، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٧٤.

ثانياً: القبول في عقود الاذعان:

المراد بعقد الاذعان: هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضمها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، ويشتمل الايجاب في هذا النوع من العقود في عرض الموجب للخدمة على الجمهور، وهو ايجاب دائم ومستمر، ويتم وفقاً لشروط موضوعة سلفاً، ومنشورة على الناس على نحو يمكنهم من العلم بها[٥٤].

ومن امثلة هذه العقود: عقود الاشتراك في التليفون أو الغاز، وعقد النقل في القطارات والطائرات والبواخر والسيارات العامة.

٥٧- خصائص عقود الاذعان:

وتتميز عقود الاذعان بالخصائص التالية:

أولاً: ان يتعلق العقد بسلعة تعتبر من الضروروات بالنسبة للمستهلكين بحيث لا يستطيعون الاستغناء عنها في حياتهم دون عنت.

ثانياً: أن تكون المنفعة محل التعاقد محتكرة للموجب احتكاراً فعلياً أو قانونياً، أو عدم تعرضه بالنسبة لها لمنافسة.

ثالثاً: أن يكون الايجاب موجها إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، ويغلب أن تكون هذه العقود في صيغة مطبوعة لاتجوز مناقشتها، ولمصلحة الموجب في الجملة، ويبدو من تلك الخصائص أن القبول في هذه العقود ما هو إلا مجرد اذعان للشروط المعروضة من الموجب الذى يعرض ايجابه بشكل نهائى بات لا يقبل المناقشة فيها، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو رفض، وهو مضطر إلى القبول غالباً، ولهذا فإن طبيعة عقود الاذعان قد أثارت خلافاً بين الفقهاء ترأى

---

(٥٤) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٩٢.

بعضهم أنها ليست تعاقد. وإنما هي قانون يفرضه الطرف الاقوى على المتعاملين معه.

والراجح أنها عقود حقيقية، ولكن كان هناك تفاوت في مركز الطرفين إلا أنه تفاوت اقتصادي وليس قانونياً، وأن ما يرد في تلك العقود من شروط الاذعان، لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي لا أثر له على قيام الرضا ووجوده في العقد(٥٥).

وقد خفف المشرع من حدة هذا الضغط الاقتصادي بما قرره من حماية للمتعاقد المذعن، وهو الطرف الضعيف في العقد ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٤٩ مدني) بقولها: "إذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وامعاناً من المشرع في حماية الطرف المذعن، نصت المادة (١٥١ مدني) على أنه: "١- يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، فالشك في عقود الاذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن مديناً كان أم دائناً(٥٦).

٥٨- ثالثاً: التعاقد فيما بين الغائبين (التعاقد بالمراسلة):

إذا كان المتعاقدان في مجلس واحد، فإنهما يكونان على اتصال مباشر في مجلس العقد، دون أن يوجد فاصل زمني بين القبول والايجاب، إلا انه

---

(٥٥) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٩٤.

(٥٦) السنهوري - فقرة ١١٨. د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٩٦، د. إسماعيل غانم - فقرة ٧٥، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٧٧، د. أنور سلطان - فقرة ٩٤.

قد لا يجتمع المتعاقدان في مجلس واحد ولا يمكن الاتصال بينهما بطريق الهاتف ومن ثم يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهو ما يسمى بالتعاقد بين الغائبين، ويتم ذلك بالمراسلة كالبريد والبرق، أو عن طريق ارسال رسول لا تتوافر فيه صفة النائب، وإنما تقتصر مهمته على ابلاغ ارادة أحد الطرفين للآخر.

٥٩- أهمية تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين الغائبين:

ولتحديد الزمن الذي يتم فيه التعاقد بين الغائبين أهميته من الناحية القانونية، وخاصة في المسائل الآتية:

أولاً: تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد، كانتقال الملكية في بيع منقول معين بالذات، وثبوت حق المشترى في الثمار.

ثانياً: تحديد وقت سريان تقادم الالتزام المترتب على العقد، فإذا كان الالتزام منجزاً، فإن ميعاد التقادم يبدأ من وقت تمام العقد، لان الدين حينئذ يكون مستحق الاداء.

ثالثاً: معرفة القانون الواجب التطبيق، فهو المعمول به وقت ابرام العقد.

رابعاً: إذا هلك الشيء المبيع قبل العقد مثلاً، فإن محل الالتزام يصبح مستحيلاً، وهذه الاستحالة تحول دون انعقاد العقد.

خامساً: يرجع في دعوى تكملة الثمن في بيع عقار ناقص الأهلية لتقدير قيمة العقار وقت البيع (مادة ٢/٤٢٥ مدني)، وقد تتغير هذه القيمة في الفترة ما بين اعلان القبول والعلم به.

سادساً: تحديد المحكمة المختصة، حيث يمكن ان تتحدد على اساس مكان انعقاد العقد، وفي القانون الدولي الخاص قد يخضع العقد لقانون بلد ابرامه.

سابعاً: في حالة شهر افلاس المدين التاجر، فإن العقود التى يبرمها بعد ذلك لا تسرى في حق الدائنين[٥٧].

٦٠- كيفية تحديد زمان انعقاد العقد:

وقد اختلفت الآراء في تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين الغائبين على النحو التالى:

أولاً: نظرية اعلان القبول:

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد عبارة عن توافق إرادتين، فإذا قبل من وجه إليه الايجاب التعبير الصادر من الطرف الآخر تم العقد.

بيد أن هذه النظرية قد أخذ عليها: أنه ستمضى فترة يكون للموجب فيها في حالة عدم استقرار لا يعلم فيها بانعقاد العقد أو عدم انعقاده، كما أنها لا تتفق مع القواعد العامة التي تقرر ان التعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا من وقت علم الطرف الآخر به[٥٨].

ثانياً: نظرية تصدير القبول:

وأصحاب هذه النظرية يرون انه لا يكفى إعلان القبول، وإنما لابد من تصديره حتى يخرج من يد القابل، ولا يمكنه الرجوع فيه أو يسترده، ويكون ذلك بارساله لنطرف الآخر بالبريد أو بالبرق.

---

(٥٧) الوسيط - فقرة ١٢٧، عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٠٠، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٥٤، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٨١، د. إسماعيل غانم - فقرة ٦٨.

(٥٨) السنهورى - فقرة ١٢٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٨٢، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٠١.

وقد أخذ على تلك النظرية: ان التصدير لن يزيد في قيمة القبول كما انه لن يمنع استرداد الرسالة، لأنها ملك لمرسلها مادامت لم تصل إلى المرسل إليه.

ثالثاً: نظرية استلام القبول:

وتقوم تلك النظرية على أن التقاء الايجاب بالقبول لا يتم الا بتسليم القبول للموجب، أى بمجرد تسليم الرسالة أو البرقية إليه بحيث يتمكن من عدم امكان الموجب لاسترداده.

إلا أنه يلاحظ: أن مجرد تسليم القبول للموجب، لا يعنى حتماً علمه به حتى ينتج أثره، وذلك وفقاً للمبدأ القائل بأن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به[٥٩].

رابعاً: نظرية العلم بالقبول:

وتقوم تلك النظرية على ضرورة علم كل طرف بقيام التوافق بين ارادتيهما، أى بعلم الموجب بقبول الطرف الآخر وفى هذه اللحظة ينعقد العقد لتحقق توافق الارادتين فعلاً.

٦١- اتجاه القانون المدنى المصرى:

والقانون المدنى المصرى يتبنى صراحة الأخذ بنظرية العلم بالقبول حيث نصت المادة (٩١ منه) على أنه:"ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

---

(٥٩) السنهوري - فقرة ١٢٥، د. عبد الرزاق فرج - السابق، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٥٥.

وفيما يتعلق بالتعاقد بين الغائبين، صبق مسرى [illegible]. فنص في المادة (٩٧ مدني) على أنه: "١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"، وعلى ذلك فإنه إذا اتفق المتعاقدان على مكان وزمان العقد، فإن هذا الاتفاق يعتبر سارياً، أما إذا لم يتفقا على ذلك، ولم يكن هناك نص قانوني يحددهما، فإن القانون يعتبر أن العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وهذا هو مذهب العلم بالقبول، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به، ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس كأن يثبت الموجب أنه لا يعلم بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض[٦٠].

المطلب الثاني

صور خاصة من التراضي

٦٢- الأصل في العقد أنه يتم في صورته بالتقاء الايجاب بالقبول وأن يبرمه كل من الطرفين بنفسه، بيد أنه قد يقوم شخص بإبرامه نيابة عنه، كما أن هناك مراحل تمهيدية تسبق ابرام العقد وينبغي بيان ذلك.

الفرع الأول

النيابة في التعاقد

٦٣- التعبير عن ارادة المتعاقد إما أن يتم بمعرفته كأصيل في ابرام العقد، واما أن يتم بمعرفة نائب عنه، وقد عرف الفقهاء النيابة بأنها: "حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل في انشاء عمل قانوني

(٦٠) السنهوري - فقرة ١٣٠. د. عبد الرازق فرج - فقرة ٨٣

ينصرف أثره إلى ذمة الأصيل"، ولا تكون النيابة الا فى الأعمال القانونية، فإذا توافرت شروطها رتب العقد آثاراً فى ذمة الأصيل، فيلتزم بالعقد الذى يبرمه النائب دون أن يشترك فيه.

والنيابة قد تكون قانونية يتولى القانون تحديد نطاقها، كما هو الشأن فى نيابة الولى أو الوصى أو القيم، وقد تكون نيابة اتفاقية يحدد الاتفاق نطاقها بين الأصيل والنائب، وذلك كما فى الوكالة، وقد تكون قضائية يتولى القاضى تعيين النائب فيها، كما هو الشأن فى الوصى والقيم والوكيل عن النائب والحارس القضائى.

٦٤- شروط وجود النيابة:

ولكى يتحقق وجود النيابة لابد أن تتوافر شروط معينة تتمثل فى احلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل، والتزام النائب حدود النيابة، والعلم بالنيابة، ونبين تلك الشروط تفصيلاً كما يلى:

٦٥- أولاً: إحلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل:

التصرف الذى يتم بطريق النيابة إنما ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، وبهذا يختلف النائب عن الرسول لأن الأخير سفير ومعبر، وناقل لإرادة الأصيل مثله فى ذلك كمثل الرسالة أو البرقية، ولذا يعتبر التعاقد بالرسول تعاقداً بين غائبين، فيما يتعلق بمكان وزمان انعقاد العقد، فى حين أن التعاقد بطرق النيابة يعتبر تعاقداً بين حاضرين، إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد، لأن النائب يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل، ولهذا يجب أن تتوافر فى النائب المقومات اللازمة للإرادة والتعبير عنها، وخاصة فى حالة عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه، بعكس الرسول فإنه يجوز أن يكون صبياً غير مميز ما دام قادراً على نقل ارادة الأصيل[٦١].

---

(٦١) د. أنور سلطان - ص ٢٨.

وقد نصت المادة (١٠٤/١ مدنى) على أنه: "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً".

وفيما يتعلق بتوافر التعاقد بالنسبة إلى النائب فإنه يفرق فى هذا الشأن بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية، ففى النيابة الاتفاقية لا يلزم أن تتوافر فى النائب أهلية ابرام التصرف موضوع النيابة لأن آثار التصرف تنصرف إلى الأصيل، ولا يلتزم النائب بأى التزام ناشئ عنه، ومن ثم فإنه يكفى أن يكون النائب مميزاً، وفى هذه الحالة يجب أن تتوافر فى الأصيل الأهلية اللازمة لإبرام العقد الذى أبرمه النائب عنه.

أما فى النيابة القانونية، فإنه يجب أن تتوافر الأهلية الكاملة لدى النائب لقيامه بتولى مصالح الأصيل الذى قد يكون عديم التمييز أو ناقص الأهلية(٦٢).

كذلك فإن حسن النية وسوءها إنما ينظر فيهما لدى النائب وليس عند الأصيل، ومع ذلك فإنه إذا ثبت أن النائب كان يخضع لتعليمات صدرت إليه من الأصيل، كما فى حالة النيابة الاتفاقية، فإذا وكل شخص آخر فى شراء شيئ معين بالذات، وكان الموكل على علم بالعيب الذى يشوب هذا الشيئ والوكيل يجهل ذلك؛ فليس للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب بحجة أن الوكيل لم يكن يعلم به، وفى هذه الحالة تكون العبرة بإرادة الأصيل(٦٣).

---

(٦٢) د. عبد الرازق فرج – فقرة ٩٦، د. أنور سلطان – ص ٢٨ وما بعدها.

(٦٣) السنهورى – فقرة ٨٦، د. اسماعيل غانم فقرة ٨٥، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٧٤.

٦٦- ثانياً: تعاقد النائب باسم الأصيل:

ويجب أن تتجه ارادة النائب إلى التعاقد باسم الأصيل ولحسابه، ويكون ذلك بأن يعلن وقت التعاقد عن صفته صراحة لمن تعاقد معه أو يعلم من يتعاقد معه بأنه لا يتعاقد لحسابه، بل لحساب غيره بقصد انصراف آثار العقد إليه[٦٤]، فإذا لم يتحقق ذلك لا نكون بصدد نيابة ولا تضاف آثار العقد إلى الأصيل، وإنما تضاف إلى النائب باعتباره قد تعاقد لحساب نفسه، ويستثنى من ذلك حالتان:

الأولى: إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، كالعامل فى المحل التجارى، يبيع للمشترى دون أن يعلن عن صفته وكالخادم حين يشترى لسيده، إذ يفترض فيمن يتعاقد معهما العلم بوجود النيابة.

الثانى: إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب وذلك مثل صاحب المحل التجارى الذى يستوى عنده أن يكون من يشترى منه أصيلاً أو نائباً، ففى مثل هذه الحالة، تضاف آثار العقد إلى الأصيل مباشرة، حتى ولو كان صاحب المحل يجهل وجود النيابة، وقد نصت على هاتين الحالتين المادة (١/١٠٤) من التقنين المدنى المصرى.

٦٧- ثالثاً: أن يلتزم النائب حدود النيابة:

تنص المادة (١٠٥ مدنى مصرى) على أنه: "إذا ابرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

---

(٦٤) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٧٦، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٩٧، د. اسماعيل غانم

ويبدو من هذا النص أن النائب يجب عليه أن يلتزم حدود النيابة فى كل عمل يجريه، فإذا لم يلتزم حدود النيابة، فإن تصرفه لا ينفذ فى حق الأصيل الا إذا أقره صراحة أو ضمناً، وقد يستفاد هذا الإقرار من السكوت[٦٥] ويكون للإقرار أثر رجعى ويستثنى من ذلك حالتان:

الأولى: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة، وفى هذه الحالة تنصرف آثار العقد إلى الأصيل وخلفائه وذلك وفقاً لما تقرره المادة (١٠٧ مدنى مصرى)، فإذا مات الأصيل أو عزل النائب دون أن يعلم بذلك، فإن التصرف الذى يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه، بشرط أن يكون من تعاقد مع النائب حسن النية، أي يجهل سبب انتهاء النيابة.

الثانية: إذا كان من المتعذر على الوكيل أن يخطر الموكل بخروجه عن الحدود المرسومة، ويغلب على الظن أن الموكل ما كان إلا ليوافق، مع وجوب مبادرة الوكيل بابلاغ الموكل بخروجه عن حدود النيابة (مادة ٧٠٣ مدني مصري).

٦٨- الآثار الناشئة عن النيابة:

وإذا توافرت شروط النيابة، فإنه يترتب على ذلك نشوء آثار معينة بالنسبة للأصيل، وبالنسبة للنائب، وبالنسبة إلى الغير الذى تعاقد مع النائب:

أولاً: في علاقة الأصيل بالنائب:

تخضع هذه العلاقة في تنظيمها للقانون في حالة النيابة القانونية، وللاتفاق في حالة النيابة الاتفاقية، ولعقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل.

---

(٦٥) السنهورى - فقرة ٨٩. د. أنور سلطان - فقرة ٥١، د. اسماعيل غانم، فقرة ٨٧، د.عبد الرازق فرج - فقرة ٩٨.

ثانياً: في علاقة الأصيل بالغير:

يترتب على نشوء التصرف بطريق النيابة أن تنشأ علاقة بين الغير والأصيل مباشرة، إذ هما المتعاقدان حقيقة، فتنصرف إليهما آثار التصرف، وتختفي شخصية النائب، وقد نصت المادة (١٠٥ مدني مصري) على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

وبناء على هذا النص يكون للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بما رتبه العقد بينه وبين نائبه من حقوق كما يكون لهذا المتعاقد بدوره أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن العقد، دون مطالبة النائب بشيء منها.

ثالثاً: في علاقة الغير بالنائب:

من المقرر أن النائب يتعاقد باسم الأصيل، ومن ثم فإن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل، وبعد تمام العقد لا تقوم بين النائب ومن تعاقد معه علاقة تتصل بآثار هذا العقد، ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأها العقد لنفسه، كما لا يستطيع الغير أن يطالبه شخصياً بأى التزام من الالتزامات التي رتبها العقد[٦٦].

الفرع الثاني
الوعد بالتعاقد

٦٩- الوعد بالتعاقد: عقد يلتزم احد الطرفين أو كليهما بمقتضاه ان يبرم عقداً في المستقبل، إذا ابدى الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، فهو عقد يتم بايجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد لابرام عقد آخر هو العقد الموعود به.

([٦٦]). السنهورى – فقرة ٩٤، د. إسماعيل غانم – فقرة ٨٩، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٩٩.

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين، كما إذا وعد مالك لقطعة أرض أن يبيعها لشخص وعده بشرائها؛ وقد يكون ملزماً لجانب واحد، كما لو توقع صاحب مصنع حاجته إلى قطعة أرض تجاور مشروعاً صناعياً أو زراعياً يحتاج إلى توسعة في المستقبل، فيتفق مع صاحب قطعة الأرض أن يبيعها له عند إبداء رغبته في شرائها (مادة ١٠١ مدني مصرى)، ويجب لانعقاد الوعد بالتعاقد تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب ابرامه فيها، وأن نستوفي الشكل إذا اشترطه القانون.

٧٠- شروط الوعد بالتعاقد:

ويشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد شروط حددتها المادة (١٠١ مدني مصرى)، وهذه الشروط هي:

أولاً: ان يتم الاتفاق في الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، فإذا كان عقد بيع يجب الاتفاق على المبيع والثمن، وإذا كان عقد ايجار، يجب الاتفاق على العين المؤجرة، والأجرة، ومدة الايجار.

ثانياً: كا يجب تعيين المدة التي يجب أن يتم خلالها إظهار الرغبة في التعاقد، ويجوز أن يكون ذلك التعيين صريحاً أو ضمنياً، كما لو ورد الوعد ضمن عقد ايجار، أو أن يتفق الطرفان على أن تكون تلك المدة، هى المدة المعقولة، وعند الاختلاف فيها يتولى القاضى تحديدها.

ثالثاً: كما يجب استيفاء الشكل في الوعد بالتعاقد إذا كان العقد الموعود بابرامة عقداً شكنياً كعقد الهبة، وكعقد الرهن الرسمي.

٧١- آثار الوعد بالتعاقد:

وإذا انعقد الوعد بالعقد صحيحاً، فإنه تترتب عليه آثاره، حيث يلتزم الواعد بإن يقوم بابرام العقد الموعود به إذا رغب في ذلك خلال

المدة لصالح الموعود له، ومع ذلك فإنه يجب التفرقة بين حالتين: قبل إظهار الرغبة، وبعد اظهارها.

أولاً: آثار الوعد قبل اظهار الرغبة:

قبل أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد النهائي فإن الوعد لا ينشيء إلا التزاماً على عاتق الواعد بابرام العقد الموعود به، وهذا يقتضي منه الا يقوم بأى عمل يكون من شأنه أن يحول دون ابرام العقد النهائي إذا ما أظهر الموعود له رغبته في ابرام العقد النهائي، أى أنه يلتزم بالبقاء على وعده[٦٧]، فلا يتصرف في محل العقد تصرفاً قانونياً أو مادياً.

وقبل اظهار الرغبة في التعاقد النهائي لا يترتب على الوعد أى أثر من آثار العقد الموعود به، فلا يلتزم الواعد بنقل الملكية أو التسليم، كما أن الموعود له لا يكون ملتزماً بدفع الثمن، لأنهما أثران لعقد نهائي بات لا لوعد به.

ثانياً: آثار الوعد بعد اظهار الرغبة:

يلتزم الواعد بابرام العقد الموعود به خلال المدة المحددة إذا ما أظهر الموعود له رغبته في ابرام العقد، ذلك لأن التزام الواعد بابرام العقد نهائي وينعقد العقد الموعود به منذ وقت انعقاده ودون ان يكون للانعقاد أثر رجعي.

وإذا نكل الواعد عن ابرام العقد اعتبر مخلاً بالتزامه، وكان للموعود له جبره على التنفيذ العيني بحكم قضائي، ويقوم الحكم القضائي مقام المحكوم عليه إذا كان الالتزام يقتضي تدخله شخصياً، كان يكون العقد بالموعود بإبرامه عقداً رسمياً يتطلب اشتراك الواعد في ابرامه، وقد نصت

---

(٦٧) د. عبد الرازق فرج - فقرة ٨٩.

على ذلك المادة (١٠٢ مدني مصري) بقولها: "إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد".

الفرع الثالث

العربون

٧٢- العربون: مبلغ من النقود يقوم أحد المتعاقدين بدفعه للآخر عند التعاقد وغالباً ما يدفع عند ابرام عقدى البيع والايجار.

والغرض من دفع العربون هو حفظ حق كل من المتعاقدين فى العدول عن العقد، مقابل أن يخسر المبلغ الذى دفعه أو أن يقوم من تسلم هذا المبلغ برد ضعفه إذا عدل، وإما أن يكون الغرض منه تأكيد التعاقد واعتباره باتاً لا رجوع فيه.

وقد اعتبره القانون المدنى المصرى دليلاً على حق العدول فيما قضى به فى المادة (١٠٣ مدنى) بقوله: "١- دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر".

ويبدو من هذا النص أن للمتعاقدين - أصلاً - أن يحددا دلالة دفع العربون واعتباره دليلاً على تأكيد التعاقد، أو دليلاً على حق كل منهما فى العدول، فإذا لم يتفقا على ذلك فإن القانون يعتبره دليلاً على حق كل منهما فى العدول عن العقد، ويكون العربون مقابلاً للحق فى العدول عن العقد حيث يلتزم الطرف الآخر بدفعه عند العدول ولو لم يترتب عليه أى

ضرر، فهو ليس تعويضاً، كما أنه ليس شرطاً جزائياً، لأن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي لا يستحقه الدائن الا إذا أصابه ضرر، وللقاضي سلطة تخفيضه إذا تضمن تقديراً مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة[٦٨].

المطلب الثالث
صحة التراضى

٧٣- لا يكفى وجود الرضا في العقد، وإنما لابد أن يكون صادراً من شخص له أهلية يصلح بها لابرام العقد، وأن يكون خالياً من العيوب التى تشوبه وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، ونبين ذلك:

الفرع الأول
الأهلية اللازمة لصحة التراضى

٧٤- الأهلية بصفة عامة هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهو لن يكون صالحاً للتحمل بالالتزامات إلا إذا كانت عبارته صالحة لأن يعتد بها القانون، ويرتب عليها آثارها.

والأهلية نوعان؛ أهلية وجوب وأهلية أداء.

أما أهليــة الوجـوب: فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التى يقرزها القانون.

واما أهليــة الأداء: فهى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانوناً، ومناط هذه الأهلية هو التميز[٦٩]، فإذا

---

(٦٨) السنهورى – فقرة ١٤٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٧٢، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٠، د. إسماعيل غانم – فقرة ٧٩.

(٦٩) السنهورى – فقرة ١٤٥، د. أنور سلطان – فقرة ٦٨، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٨٧، د. الرازق فرج – فقرة ١٠٥.

صدر التصرف من صبى غير مميز أو مجنون، كان التصـرف بـاطلاً بطلانـاً مطلقاً، وإذا كان من صدر منـه التصـرف صبيـاً مميزاً كـان تصرفـه قـابلاً للابطال.

وأحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام، ولهـذا نصـت المـادة (٤٨ مدنـي مصـرى) علـى انـه: "ليـس لأحـد الـنزول عـن أهليتـه ولا التعديـل في أحكامها".

٧٥- مدى صلاحية الأهلية لابرام العقود المختلفة:

والعقود من جهة صلاحية الأهلية لابرامها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

عقود نافعة نفعاً محضاً، وعقود ضارة ضرراً محضاً، وعقود دائرة بـين النفع والضرر.

والعقود النافعة نفعـاً محضـاً كقبـول الهبـة والوصيـة يكفـى أن يكـون الصبى مميزاً أما التصرفات الضارة ضرراً محضـاً كعقـد الهبـة مـن الواهـب، فإنه لابد لصحة انعقادها من الأهليـة الكاملـة، فـإذا كـان الواهـب عديـم التمييز أو كان ناقص الأهية، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

واما التصرفات الدائرة بين النفـع والضـرر، فإنـه يشـترط لهـا كمـال التمييـز فـإذا قـام بابرامهـا نـاقص الأهليـة، فإنهـا تكـون قابلـة للابطـال لمصلحته[٧٠].

---

(٧٠) السنهورى - فقرة ١٤٦.

الفرع الثاني
سلامة الرضا من العيوب

٧٦- ويجب أن يكون الرضا صحيحاً وسالماً من العيوب، فإذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة فإنه يكون قابلاً للابطال لمصلحة من شاب إرادته هذا العيب، والرضا المعيب يختلف عن الرضا المعدوم، والأخير لا وجود له، كرضا المجنون والصبى غير المميز، أما الرضا المعيب فإنه موجود غير انه به عيباً لأن الإرادة فيه قد صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره مما يجعل إرادته معيبة، ويكون العقد الذى نشأ في ظل تلك الإرادة قابلاً للابطال.

وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، وسوف نخصص لبيان كل منها فرعاً.

الغصن الأول
الغلط

٧٧- الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على أن يعتقد غير الواقع، بحيث يدفعه إلى التعاقد، فالغلط يؤدى بالشخص إلى إبرام تصرف ما كان ليقدم عليه لو استظهر حقيقة الأمر، وذلك كشخص يشترى ساعة على أنها من الذهب فإذا بها من النحاس المطلى بقشرة منه[٧١]، أو أن يشترى خاتماً على انه من الماس فإذا به من حجر عادى، والغلط قد يكون مانعاً من التعاقد، وقد يكون عيباً في الإرادة.

(٧١) السنهورى - فقرة ١٦٣، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٧٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٥٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٠٨.

أولاً: الغلط المانع من التعاقد:

والغلط المانع من التعاقد هو الذى يقع في ركن من اركان العقد مما يحول دون تكوينه أو وجوده، وهذا النوع من الغلط قد يكون في ماهية العقد، كان يعطى شخص لآخر مبلغاً من النقود على انه قرض فيعتقد أنه هبة.

وقد يقع في المحل كمن يبيع عقاراً معيناً ويتوهم المشترى ان العقد يتناول عقاراً آخر.

وقد يقع في سبب العقد كالوارث يتفق مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهما، ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

- وهذا الغلط يعدم الارادة ويكون التصرف معه باطلاً بطلاناً مطلقاً ولهذا فإنه لا يدخل ضمن الغلط الذى يعيب الارادة[٧٢].

ثانياً: الغلط الذى يعيب الإرادة:

وهذا النوع من الغلط قد يكون غلطاً في الواقع، وقد يكون غلطاً في القانون:

(أ) الغلط في الواقع:

وهو يكون في حالات:

١ - الغلط في صفة جوهرية في الشيىء، ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد معه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط[٧٣].

---

(٧٢) السنهورى - فقرة ١٦٣؛ د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٧٧؛ د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٠٩.

(٧٣) مادة ١/١٢١ مدني مصرى.

ويكون ذلك الغلط في صفة جوهرية في نظر المتعاقدين، أو في صفة تمثل سبباً رئيسياً للتعاقد كقيام شخص بشراء شيء على أنه أثرى فإذا هو حديث الصنع أو مقلد[٧٤].

٢- **الغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته غلطاً جوهرياً** إذا كانت تلك الصفة هي السبب الرئيسي للتعاقد كمن يريد التعاقد مع طبيب مشهور، فإذا به طبيب يحمل نفس الاسم، أو يتعاقد مع مهندس للاشراف على زراعته، فيستبين أنه لا يحمل شهادة فنية.

٣- الغلط في القيمة، إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد، كان يبيع شخص سهماً بقيمته الاسمية وهو يجهل ان سعره قد ارتفع ارتفاعاً كبيراً، أو انه قد ربح جائزة كبرى.

٤- الغلط في الباعث؛ كان يتوهم المتعاقد شيئاً يدفعه إلى التعاقد مثل من يشتري سيارة معتقداً ان سيارته قد سرقت ثم يظهر انها موجودة أو من يبيع شيئاً وهو مريض معتقداً انه في مرض الموت، ثم يشفى من هذا المرض[٧٥].

(ب) الغلط في القانون:

إذا كان الغلط في القانون هو الدافع إلى التعاقد وكان جوهرياً فإن العقد يكون به قابلاً للابطال[٧٦].

ويقصد بالغلط في القانون: ان يتصور المتعاقد وجود قاعدة قانونية أو عدم وجودها على خلاف الواقع، أو أن يتصور معنى قاعدة قانونية على

---

(٧٤) السنهوري - فقرة ١٧٠.
(٧٥) المرجع نفسه - فقرة ١٧١.
(٧٦) مادة ١٢٢ مدني مصري.

نحو غير صحيح كمن يعتقد ان نصيبه في الميراث الربع مثلاً ويقوم ببيع نصيبه على هذا الأساس ثم يتضح أن القانون يحدد حصته بالنصف، فيكون البائع قد وقع في غلط في قانون الميراث يجيز له طلب ابطال العقد[٧٧].

ويختلف الغلط في القانون عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، لأن من يتمسك بالمبدأ الأخير يريد استبعاد تطبيق القانون، وهذا غير جائز، اما من يريد الابطال لغلط في القانون، فإنه يطلب تطبيقه.

٧٨- شروط وجود الغلط:

ويشترط في الغلط حتى يكون من عيوب الارادة التى تؤدى إلى طلب ابطال العقد ان يتوافر شرطان:

أولهما: ان يكون الغلط جوهرياً:

والغلط الجوهرى: هو الذى يبلغ حداً من الجسامة في تقدير المتعاقدين بحيث لو علم به المتعاقد قبل اتمام العقد لامتنع عن التعاقد.

ثانيهما: ان يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر:

ويشترط ان يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر، ويعتبر الغلط متصلاً بعلم المتعاقد الآخر في الحالات الآتية:

(أ) أن يكون المتعاقد الآخر قد اشترك في هذا الغلط، بمعنى انه قد اشترك فيه وهذا يسمى بالغلط المشترك، كان يشترى شخص شيئاً من ماركة معينة فإذا به مقلد، هنا يكون الغلط مشتركاً بين المشترى والبائع لاعتقاد الأخير أن الشيىء المبيع أصلى.

---

(٧٧) د. عبد الرازق فرج - فقرة ١١٢.

(ب) إذا ـ ـ .ـمعاقد الآخر يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد معه، كأن يكون البائع في المثال السابق يعتقد أن الشيىء المبيع ليس أصلياً.

(جـ) إذا كان من السهل علي المتعاقد أن يعلم بالغلط كأن يدفع المشترى في شيىء مقلد مبلغاً كبيراً يكون من السهل به على البائع ان يدرك ان هذا المبلغ لا يدفعه المشترى إلا إذا كان يعتقد بطريق الغلط أن الشيىء المبيع اصلياً وليس مقلداً[٧٨]، ويستهدى في هذا السبيل بالظروف المحيطة بالعقد، وما ينبغى أن يتوافر في التعامل من حسن النية، وهذه مسألة يستقل قاضى الموضوع بتقديرها.

٧٩- الغلط الذى لا يؤثر في صحة العقود:

ويتضح مما سبق؛ أن الغلط يكون غير مؤثر في صحة التعاقد في حالات هي:

أولاً: إذا كان في صفة غير جوهرية كمن يشترى كتاباً معتقداً ان ورقه مصقول ثم اتضح انه ليس مصقولاً.

ثانياً: إذا كان الغلط في شخصية المتعاقد ليس محل اعتبار في العقد كمن يؤجر لشخص منزلاً على أنه موظف في جهة معينة، فيتضح انه في غيرها.

ثالثاً: إذا وقع الغلط في قيمة الشيىء ولم تكن هذه القيمة هى الدافع الرئيسي للتعاقد، كما لو باع شخص شيئاً بثمن بخس يجهل قيمته الحقيقية.

---

(٧٨) المرجع نفسه - فقرة ١١٣.

رابعاً: أن يكون الغلط غير مادى (الغلط في الحساب وغلطات القلم):

وينبغي ان يكون معلوماً أنه لا يؤثر في صحة العقد بمجرد الغلط في الحساب أو غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط المادى (مادة ١٢٣ مدني مصرى)، ومثل هذا الغلط لا يؤثر في الرضا ولا يعيب الارادة، فإذا اتفق على ثمن سلعة معينة ثم حدث غلط مادى في حساب الثمن الاجمالى أو نقل الأرقام من ورقة إلى أخرى، فإن هذا الغلط المادى يجب تصحيحه دون أن يؤثر على صحة التعاقد.

٨٠- اثر وجود الغلط:

إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط يعتد به القانون يكون له الحق في طلب ابطال العقد، ولا يكون للمتعاقد الآخر الذى لم يقع في أى غلط أن يطالب بابطال العقد، فالابطال لا يتقرر الا بناء على تمسك من شاب ارادته عيب الغلط ولهذا فإن البطلان يسمى بطلاناً نسبياً.

كما ان على من وقع في الغلط ان يثبت وجوده، فعليه يقع عبء اثبات وجود الغلط، وله أن يثبته بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهود والقرائن إياً كانت قيمة التعاقد[٧٩].

ولا يجوز لمن وقع في الغلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية[٨٠]. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا اشترى شخص شيئاً على انه من ماركة معينة، ثم تضح انه مقلد، فإنه لا يجوز له ان يتمسك بابطال العقد إذا عرض عليه البائع ان يعطيه الشيء الذى قصد شراءه.

---

(٧٩) د. إسماعيل غانم - فقرة ٩٢.

(٨٠) مادة ١٢٤ مدني مصري.

الغصن الثاني
التدليس

٨١- التدليس: هو استعمال الحيلة بقصد ايقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد، فالذى يعيب الارادة هو الغلط الناتج[٨١] عن التدليس، ومن ثم لا يعتبر التدليس عيباً مستقلاً من عيوب الارادة، بيد أن الغلط يتميز عن التدليس في ان المتعاقد في حالة الغلط يقع فيه بنفسه دون ان يتعمد احد ايقاعه فيه، اما في حالة التدليس فإن الغلط يولده التدليس بناء على الحيل والخداع، ومن ثم كان التدليس مرتبطاً بالمسئولية التقصيرية لانه عمل غير مشروع.

٨٢- شروط التدليس المعيب للارادة:

يشترط لقيام التدليس توافر شروط نصت عليها المادة (١/١٢٥ مدني) بقولها: "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد"، ويبدو من هذا النص أن للتدليس شروطاً هى:

أولاً: استعمال طرق احتيالية:

يشترط لقيام التدليس استعمال طرق احتيالية بقصد اخفاء الحقيقة عن العاقد أو ايهامه خلاف الواقع، كأن ينتحل شخص صفة كاذبة أو يقدم مستندات مزورة، ويعتبر معيار التضليل شخصياً، لان ما يؤثر على العوام ويدفعهم إلى التعاقد غير ما يؤثر على المتعلمين، ويكفى في التدليس مجرد الكذب أو الكتمان إذا كانت الطرق التى لجأ إليها المدلس قد

---

(٨١) السنهوري – فقرة ١٧٩، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٦٧، د. عبد الرازق فرج – فقرة ١٣٢، د. إسماعيل غانم – فقرة ١٠٤.

خدعت المتعاقد، فدفعته إلى التعاقد[٨٢]، ولا يكفي مجرد الكذب وإنما لابد أن يقترن باعمال احتيالية تؤيدة وتدفع المتعاقد إلى التعاقد، كأن يكذب الشخص بقصد الحصول على عمل.

وكذلك السكوت أو الكتمان يعتبر تدليساً إذا كان مقترناً بظروف خاصة تجعله مكوناً لطرق احتيالية كأن يسكت المؤمن له عند التعاقد مع شركة التأمين وعدم ابلاغها بحقيقة مرضه قبل ابرام عقد التأمين، وهذا يعد تدليساً، أو كتمان البائع على المشترى قراراً يقضى بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

وقد نصت المادة ٢/١٢٥ مدني مصرى؛ على أنه: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسه، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"، وهذا يمثل الركن المادى للتدليس.

ويجب أن يتوافر العنصر المعنوى، وهو نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع، فإذا انتفت نية التضليل فلا يوجد التدليس الذى يعيب الارادة، وذلك كالتاجر الذى يمتدح بضاعته بقصد الترويج لها، حيث لا يعد عمله هذا تدليساً، طالما أنه ليس هناك نيه التضليل.

ثانياً: ان يكون التدليس هو الدافع للتعاقد:

ويشترط أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، وقد نصت على ذلك المادة (١/١٢٥ مدني مصرى) بقولها: "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة

---

(٨٢) السنهوري – فقرة ١٨١، د. إسماعيل غانم – فقرة ١٠٥، د. عبد الرازق فرج – فقرة ١٢٤، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٩٩، د. أنور سلطان – فقرة ١٣٦.

بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، ويبدو من هذا النص أن معيار التدليس معيار شخصى ينظر فيه إلى شخص المدلس عليه ذاته، تبعاً لسنه وثقافته وخبرته وذكائه، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر مدى تأثير التدليس على المتعاقد نفسه[83].

ثالثاً: أن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر أو أن يكون على علم به:

ويجب أن يصدر التدليس أساساً من احد المتعاقدين أو نائب عنه لحمل الآخر على التعاقد، فإذا صدر من الغير وجب أن يكون المستفيد من التدليس على علم به، أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به، كأن يلجأ سمسار إلى التدليس على شخص ليشترى منه بضاعة دون أن يكون مالكها وهو البائع على علم بهذا التدليس. ومن ثم لا يعتبر البائع مدلساً في هذه الحالة ويكون من الظلم في حقه ابطال العقد مادام حسن النية لا يعلم بالتدليس الواقع من السمسار، ومن ثم يجب ابقاء العقد مع مطالبة السمسار بالتعويض[84].

٨٣- أثر التدليس في العقد:

إذا تم انعقاد العقد تحت تأثير التدليس، يكون العقد قابلاً للابطال لمصلحة المدلس عليه، وله أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس، لأنه يعتبر في ذاته عملاً غير مشروع، كما أن عبء إثبات التدليس يقع على عاتق المدلس عليه، وذلك باثبات وجود هذا التدليس وشروطه، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات ومنها البينة

---

(٨٣) السنهورى - فقرة ١٨٢.

(٨٤) المرجع نفسه - فقرة ١٨٢، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ١٩٩؛ د. إسماعيل غانم - فقرة ١٠٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٧٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٢٦.

والقرائن، لتعلق الأمـر بواقعـة ماديـة، ويعتـبر استخلاص الوقـائع المكونـة للتدليس مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض[٨٥].

الغصن الثالث

الاكـــــراه

٨٤- الاكراه ضغط يقع على الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحملـه على التعاقد، والارادة في الاكراه ليست حرة، والذى يعيـب الرضـا ليـس هو الوسائل المادية التى تستعمل في الاكـراه، وإنمـا هـو الرهبـة أو الخوف الذى ينتج عنه، كما أن الاكراه الذى يفسـد الرضـا ويعيـب الارادة، هـو الذى تكون فيه ارادة المكره موجودة، ولكنــه لا يملـك الحريـة الكاملـة أو الاختيار الكافي لابـرام العقـد، إذ انـه خـير بـين أمريـن، إمـا ان يتعـاقد أو يتحمل الأذى الذى هدد به، فاختار أهون الضررين[٨٦].

اما إذا كان الاكراه قد وصـل إلى حـد ينعـدم معـه الارادة كمـا لـو امسك المكرّه بيد المكره (بفتح الراء) وأجرى القلـم في يـده للتوقيـع علـى العقد، فإن الارادة في هذه الحالة لا تكـون معيبـه، وإنمـا تكـون معدومـة، ويكـون العقـد معهـا بـاطلاً بطلانـاً مطلقـاً، ويسـتوى في الاكـراه المعيـب للارادة أن يكون مادياً أو أن يكون معنوياً.

---

(٨٥) حكم النقض المدنى في ١٣/٣/١٩٧٣م، المجموعة س ٢٤-٧-٣٩٦.

(٨٦) السنهوري - فقرة ١٨٨، د. إسماعيل غانم - فقرة ١٠٩، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٣٠.

٨٥- شروط الاكراه:

يجب أن يتوافر في الاكـراه شروط معينـة حتـى يمكـن اعتبـاره عيبـاً يؤدى إلى قابلية العقـد للابطـال، وقـد نصـت علـى هـذه الشـروط المـادة (١٢٧ مدنى مصري) بقولها: "١- يجوز ابطـال العقـد للاكـراه إذا تعـاقد شخص تحت سلطان رهبة بثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكـانت قائمـة علـى أسـاس. ٢- وتكـون الرهبـة قائمـة علـى أسـاس، إذا كـانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقـاً يهـدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ٣- ويراعى في تقدير الاكـراه جنس مـن وقـع عليـه هـذا الاكـراه وسنه وحالتـه الاجتماعيـة والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه".

ويبدو من هذا النص أن للاكراه شروطاً ثلاثة:

أولاً: استعمال وسائل للاكراه:

يجب ان يقترن الاكراه بوسائل تهدد المكره (بفتح الراء) بخطر جسيم محدق به كالضرب والايـذاء البدنـى، أو الإيـذاء الأدبـى كـالتهديد بنشـر فضيحة أو تشويه سمعة، وقد يتوجه هذا التهديد المادى أو الأدبي إلى احـد أقاب المكره، أو إلى ماله، أو مال عزيز عليه.

والاكراه يعيب الارادة إذا كان المقصود منه الوصول إلى غرض غـير مشروع، فإذا حصل به المكره (بكسر الراء) على حقه فقط، فإن الغـرض يكون مشروعاً ولا يتحقق الاكراه[٨٧].

وكذلك الأمر فيما لو استعملت وسيلة غـير مشـروعة للوصـول إلى غرض مشروع كـأن تهـدد امـرأه عشـيقها بالتشـهير بـه لـدى زوجتـه أو خطيبته إذا لم يدفع لها مبلغاً من المال تعويضاً لها عمـا اصابهـا مـن ضـرر،

---

(٨٧) السنهورى - فقرة ١٩٦، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٣٢.

والعقد في تلك الحالة لا يبطل للاكراه[٨٨]، وذلك بشرط ألا تكون هذه الوسيلة جريمة يعاقب عبيها القانون، كما في حالة التهديد بالقتل أو الخطف بغية الوصول إلى حق في ذمة المكره[٨٩].

والأصل أن الاكراه لا يتحقق بالنفوذ الأدبي حيث لا يعتبر وسيلة للاكراه، طالما استهدف به الوصول إلى غرض مشروع، إما إذا استعمل النفوذ الأدبي للوصل إلى غرض غير مشروع، كما لو حمل الرئيس المرءوس على أن يبيع له جزءاً من ماله، أو يبرم معه عقداً يثقل كاهله بالتزامات لم يكن يرضاها لولا موقفه منه، فإنه يجوز ابطال العقد للاكراه في تلك الحالة[٩٠].

ثانياً: ان تكون هناك رهبة قد حملت المكره على التعاقد:

ويشترط ان ينشأ عن الاكراه بوسائله المادية أو الأدبية رهبة تؤثر في نفس المتعاقد دون وجه حق، وتكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد، وقد أخذ القانون بمعيار ذاتي أو شخصي في تقدير الرهبة، حيث يخضع امرها لقاضي الموضوع مراعياً في تقديره الحالة الاجتماعية والصحية وجنس وسن وعقل المكره، فالمرأة غير الرجل، والصبي غير الشاب، والمتعلم غير الجاهل، كما يدخل في التقدير أيضاً ظروف الزمان والمكان، فالتهديد ليلاً يختلف عنه نهاراً، والتهديد في مكان قفر كالصحراء يختلف عن التهديد في مكان آهل بالسكان[٩١].

---

(٨٨) السنهوري – السابق – ص ٣٤٣ بالهامش، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٨١.

(٨٩) د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق.

(٩٠) السنهوري – فقرة ١٩٧، د. إسماعيل غانم – فقرة ١١٢، د. عبد الرازق فرج – فقرة ١٣٣.

(٩١) السنهوري – فقرة ١٩٩، د. عبد المنعم البدراوي – فقرة ٢٠٥.

ثالثاً: أن يكون الاكراه صادراً من المتعاقد الآخر أو كان على علم به:

ويشترط في الاكراه حتى يكون عيباً من عيوب الارادة، أن يصدر من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به، أو في وسعه أن يعلم به، فلو كان الاكراه صادراً من أجنبي عن العقد، فإنه لا يعيب الرضا ولا يكون سبباً في ابطال العقد إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الاكراه[٩٢].

وقد تتهيأ ظروف يستغلها طرف للضغط على ارادة الطرف الآخر كان يستغل طبيب حالة الضرورة التى يوجد فيها المريض فيلزمه بدفع أجر مبالغ فيه، وكأن يصاب الشخص في حادثة بعيداً عن العمران ويرفض الآخر نقله إلا إذا دفع مبلغاً كبيراً من المال، وفي هذه الحالة يترجح القول بأنه لا يحكم ببطلان العقد بسبب حالة الضرورة هذه، إلا إذا اقترن بسوء النية، فإذا كان المتعاقد حسن النية و لم يقصد استغلال الظروف فإنه لا يجوز ابطال العقد[٩٣].

٨٦- أثر الاكراه على العقد:

إذا توافرت الشروط اللازمة لوجود الإكراه، كان العقد قابلاً للابطال لمصلحة الطرف المكره، ويجوز فضلاً عن ذلك ان يطالب من صدر منه الاكراه بالتعويض على أساس ان الاكراه عمل غير مشروع، يرتب مسئولية من تسبب فيه.

---

(٩٢) مادة ١٢٨ مدني مصرى.

(٩٣) السنهورى - فقرة ٢٠١، د. أنور سلطان - فقرة ٢ د ١. د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٣٦، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٠٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٨٤.

بيد أن عبء اثبات الاكراه يقع على عاتق المكره الذى وقع عليه الاكراه، وله أن يثبت وجوده بكافة طرق الاثبات[٩٤].

الغصن الرابع
الغبن والاستغلال

٨٧- الغبن: هو افتقاد التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، فهو أثر للاستغلال، ولا يتصور وجود الغبن إلا في عقود المعاوضات المحددة فلا يكون في التبرعات، ولا يكون في عقود الغرر كالتأمين.

ويقاس الغبن بمعيار مادى ينظر فيه إلى مقدار التفاوت بين الأدائين في القيمة المادية، وهو يعتبر عيباً في العقد بمجرد التفاوت المادى حتى ولو كانت ارادة العاقد المغبون سليمة[٩٥].

وإذا كان الغبن في بيع عقار لناقص الاهلية يزيد على الخمس فللبائع ان يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة اخماس ثمن المثل، ويقوم العقار بحسب قيمته يوم البيع[٩٦].

أما الاستغلال: فهو أمر نفسى لا يعتبر الغبن الا مظهراً مادياً له وينشأ عن استغلال المتعاقد الآخر في المغبون طيشاً بيناً أو هوى جامحاً جعل التزاماته لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة[٩٧]، وللاستغلال عنصران: مادى ونفسى.

---

(٩٤) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٨٣.

(٩٥) السنهورى - فقرة ٢٠٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٤٣، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢١٠، د. أنور سلطان - فقرة ١٥٣.

(٩٦) مادة ٤٢٥ مدني مصري.

(٩٧) مادة ١/١٢٩ مدني مصري.

أولاً: العنصر المادي:

ويتمثل العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال، باختلال التعادل بين ما يحصل عليه العاقد بموجب العقد، وما يتحمله من التزامات، أو هو افتقاد التعادل بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه، ويجب أن يكون عدم التعادل صارخاً، وقد ترك المشرع للقاضي تقديره في ضوء ظروف التعاقد، وقد يقع الاستغلال في عقود التبرعات كالهبة - مثلاً - وذلك حين تستغل الزوجة الثانية الجميلة الشابة هوى زوجها الشيخ الكبير فتحملة على ان يهب لها أو أولادها منه، ما يحرم زوجته الأولى أو أولادها من أمواله[٩٨].

ثانياً: العنصر النفسي:

ويتحقق العنصر النفسي إذا كان اختلال التعادل في العقد قد جاء نتيجة استغلال ضعف معين في المتعاقد المغبون، وقد عبرت عن ذلك المادة (١٢٩/١ مدني مصرى) بقولها: "متى تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً".

والطيش البين: هو الخفة والتسرع المؤديين إلى سوء التقدير كالشاب الذى يرث أموالاً كثيرة، ثم يقع فريسة لمن يشترى منه أمواله بثمن بخس.

والهوى الجامح: يتمثل في الرغبة الشديدة التى تقوم في نفس الشخص وتفقده سلامة الحكم في أعمال معينة، دون أن يكون لديه الاستطاعة لتبين ما في صالحه، مثل ان تتزوج امراة ثرية بزوج شاب عن ميل وهوى، فيعمد الزوج إلى ابتزاز اموال الزوجة عن طريق عقود يمليها عليها.

---

(٩٨) د. عبد المعم فرج الصدة - فقرة ١٨٩

ولا يكفى أن يوجد الطيش البين أو الهوى الجامح، وإنما يجب أن يستغله المتعاقد الآخر، وأن يكون هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد.

٨٨- جزاء الاستغلال:

إذا وجد الاستغلال، فإنه يترتب عليه أن يكونُ للمتعاقد المغبون الطعن فى العقد، وله أن يطالب بابطاله أو انقاص التزاماته([٩٩])، ومن ثم فإنه يترتب على الاستغلال دعويين:

الأولى: دعوى ابطال العقد:

وهذه الدعوى يرفعها المغبون مطالباً بابطال العقد الذى أبرمه نتيجة استغلال المتعاقد الآخر فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، غير أن القاضى لا يلتزم بأن يقضى بالإبطال، وله أن يكتفى بانقاص التزامات المتعاقد المغبون، إذا رأى أن هذا كاف لرفع أثر الاستغلال.

الثانية: دعوى انقاص التزامات المتعاقد المغبون:

ويجوز للمغبون أن يرفع هذه الدعوى، بدلاً من دعوى ابطال العقد، ويلجأ المتعاقد إلى هذه الدعوى عادة إذا كان قد رأى أن من مصلحته الابقاء على العقد، أما الابطال فسيترتب عليه اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وهذا يحرمه من المنفعة التى قصد تحقيقها من العقد، ويجب على المتعاقد المغبون ان يرفع دعوى الابطال أو الانقاص خلال سنة من تاريخ العقد، والا كانت الدعوى غير مقبولة([١٠٠])، وهذه المدة مدة سقوط، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع كما هو الشأن بالنسبة للتقادم، كما أن هذه المدة تختلف عن المدة المقررة لرفع دعاوى الابطال

([٩٩]) مادة ٢/١٢٩ مدنى مصرى.

([١٠٠]) مادة ٢/١٢٩ مدني مصري.

بسبب الغلط أو الاكراه أو التدليس حيث يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف العيب أو خمس عشرة سنة من تـاريخ العقـد، وهذه المدة يرد عليها الوقف والانقطاع.

وقد استهدف المشرع بتقصير المدة إلى سنة في دعوى الابطال بسبب الغبن، حسم المنازعات بشأن العقود التى شابها الاستغلال، حتى لا يظـل مصـير العقـد معلقـاً لفـترة طويلـة، وحمايـة للمتعـاقد المغبـون واسـتقرار التعامل(١٠٥).

عبد الرازق فرج - فقرة ١٤٧.

المبحث الثاني
محل العـقد

٨٩- محل العقد يمثل ركناً من أركانه، وهو ما يلتزم به المدين، وقد يكون ما يلتزم به المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، غير انه إذا كان العمل المطلوب من المدين أن يقوم بنقل حق عينى كحق الملكية، أو إنشاء حق عينى آخر كحق الانتفاع أو الارتفاق، فإن الالتزام بالعمل في هذه الحالة يسمى التزاماً باعطاء.

وقد درج الفقه على اعتبار محل الالتزام ركناً في العقد مع انه من آثاره، ويراد به العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد.

٩٠- شروط محل العقد:

ويشترط في محل العقد أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه ونبين هذه الشروط:

أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود (ممكناً):

يشترط في محل العقد أن يكون موجوداً وقت ابرام العقد أو قابلاً للوجود في المستقبل، فإذا اتضح ان الشيىء الذى تم التعاقد عليه قد هلك قبل التعاقد فانه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً[١٠٢].

أما إذا وجد الشيىء وقت التعاقد، ولكنه هلك بعد ذلك، فإن العقد ينعقد ولكن تنفيذه يكون مستحيلاً فينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

---

(١٠٢) السنهورى – فقرة ٢١٣، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢١٩، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٨٩، د. عبد الرازق فرج – فقرة ١٥٥.

٩١- التعاقد على شيء مستقبل:

وقد تتجه ارادة المتعاقدين إلى التعاقد على شيء سيوجد مستقبلاً كالتعاقد على بيع المحصولات المستقبلة قبل ان تنضج بثمن جزافى أو بسعر الوحدة، أو على تأجير منزل لم يتم بناؤه أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد، وقد نصت المادة (١/١٣١ مدني مصرى) على جواز التعامل في الاشياء المستقبلة بقولها: "يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً"، فإذا لم يوجد الشيء المستقبل فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه إذا كان قد انعقد فعلاً ويستثنى من جواز التعاقد على شيء مستقبل عدة تصرفات فيحرم التعاقد عليها ما لم تكن موجودة فعلاً، وهي: هبة الأموال المستقبلة، حيث تقع باطلة (مادة ٤٩٢ مدني)، ورهن المال المستقبل (مادة ٢/١٠٣٣ مدنى)، والتعامل في تركه إنسان على قيد الحياة (مادة ٢/١٣١ مدنيى)، حيث يعتبر ذلك التعامل باطلاً ولو تم برضاه إلا في الأحوال التى نص عليها القانون، مثل ما قضت به المادة (٩١٥ مدنى) من جواز الوصية، وكذلك قسمة اعيان التركة على الورثة (المواد ٩٠٨ - ٩١٣ مدنى) مصرى[١٠٣].

٩٢- امكان وجود المحل:

كما يشترط أن يكون محل العقد ممكناً غير مستحيل، والاستحالة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية:

(١) والاستحالة المطلقة:

تعنى ان يكون محل العقد ممتنعاً على الكافة على نحو يمنع قيام الالتزام ويترتب عليه بطلان العقد، وقد نصت المادة (١٣٢ مدنى) على أنه: "إذا كان الالتزام مستحيلاً في ذاته، كان العقد باطلاً"، ويشترط أن تكون

---

(١٠٣) السنهورى - فقرة ٢١٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٠٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٦١.

تلك الاستحالة قائمة وقت العقد، فإن كانت لاحقة عليه، فإنها لا تمنع من انعقاده وان كانت تؤدى إلى انقضائه لاستحالة تنفيذه، كما ينفسخ العقد بقوة القانون إذا كان للمدين يد في هذه الاستحالة، ويسأل عن تعويض الدائن.

وقد تكون هذه الاستحالة طبيعية ترجع إلى طبيعة المحل، كالتزام طبيب بإجراء عملية جراحية لشخص كان قد توفي قبل ان يلتزم، وقد تكون الاستحالة قانونية. كتعهد محام بالطعن في حكم بعد انقضاء ميعاد الطعن.

(٢) والاستحالة النسبية:

هى التى تقوم بالنسبة إلى المدين دون غيره، فلا تمنع من قيام الالتزام وبالتالى ينعقد العقد، كأن يلتزم شخص بعمل فوق قدرته الفنية أو الجسمية، فلا يستطيع أن يقوم به، لكن قد يستطيع القيام به من هو أكثر منه خبرة أو قدرة فنية أو جسمانية.

وهذا النوع من الاستحالة لا يؤدى إلى بطلان العقد، سواء كانت سابقة أم لاحقة على ابرامه، ويمكن أن يسأل المدين لقبوله الالتزام بما لا يستطيع تنفيذه، ويمكن ان يفسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى، وذلك في حالة العقود الملزمة للجانبين.

ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

يشترط في محل العقد أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٣ مدنى مصرى) بقولها: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان باطلاً. ٢- ويكفي ان يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث

جودته، و لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

ويبدو من هذا النص انه إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع معيناً، أو على الأقل قابلاً للتعيين، فإذا تعهد مقاول ببناء منزل وجب عليه أن يذكر مواصفات البناء مع تعيين المبنى، فإذا لم تذكر هذه المواصفات في العقد فيكفى ان يشتمل على العناصر التى تجعل البناء قابلاً للتعيين. كما في حالة اقامة كلية تتسع لعدد معين من الطلبة.

وإذا كان محل الالتزام نقل أو إنشاء حق عيني على شيىء (ملكية أو ارتفاق أو رهن) وجب أن يكون هذا الشيىء معيناً أو قابلاً للتعيين.

٩٣- الشيىء لا يخلو أما أن يكون مثلياً أو قيمياً:

فالاشياء القيمية: هى التى يغلب ان تتفاوت أحادها، ومن ثم وجب ان تتعين بذاتها، والشيىء المعين بذاته يجب تحديده تحديداً نافياً للجهالة، وذلك ببيان الأوصاف التى تحدد ذاتيته، فإذا كان ارضاً وجب ذكر المساحة والموقع والحدود، وإذا كان منزلاً وجب ذكر موقعه وأوصافة وحدوده.

والاشياء المثلية: هى التى لا تتفاوت آحادها على نحو يعتد به، ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، وهذه الاشياء يجب أن تعين بنوعها ومقدارها.

والشيىء المعين بنوعه، يجب بيان جنسه ومقداره ونوعه، وذلك كعشرين إردباً من القمح الاسترالى أو خمسين قنطاراً من القطن المنوفي، فإذا لم يعين المقدار و لم يمكن استخلاصه من ظروف التعاقد، فإن العقد يقع باطلاً لتخلف شرط التعيين.

وبالنسبة لدرجة [illegible] فإنه ما لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة معينة بالنسبة للأشياء المثلية، ولم يوجد عرف يحدد هذه الدرجة، أو لم يمكن استخلاصها من أى ظرف آخر من ظروف التعاقد، فإن المدين يلتزم بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط[104].

وإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وجب تعيين هذه النقود بذكر نوعها ومقدارها، كأن يذكر عدد معين من الجنيهات المصرية مثلاً، وقد نصت المادة (١٢٤ مدني مصرى) على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أثر"، ومفاد هذا النص، أن المدين يلتزم بأداء مقدار النقود المذكورة في العقد، دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء بها أى أثر.

ثالثاً: مشروعية المحل:

ويشترط ان يكون محل الالتزام مشروعاً، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٥ مدنى) بقولها: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً"، ويبدو من هذا النص، أن محل العقد إذا كان التزاماً باعطاء شيىء وجب أن يكون هذا الشيىء قابلاً للتعامل فيه، والشيىء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى طبيعته كاشعة الشمس وماء البحر، والهواء، حيث لا يستأثر احد بحيازة هذه الاشياء لأنها مشتركة بين الناس جميعاً، بيد أن تلك الأشياء إذا عولجت معالجة علمية تجعل من الممكن حيازتها والاستئثار بها فإنها يرد عليها التعامل، وذلك كالماء المعبأ المعروف بالمياه المعدنية والهواء المضغوط.

---

(١٠٤) الوسيط فقرة ٢٢٣، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٣٤، د. إسماعيل غانم - فقرة ١١٩، د. أنور سلطان - فقرة ١٧٧، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٦٥.

وقد يخرج الشيىء عن دائرة التعامل بحكم القانون، وذلك إما مراعاة للغرض الذى خصص له الشيىء، كالأموال العامة، فهذه لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم[١٠٥]، ومع ذلك يجوز التعامل في بعض تلك الاشياء لكن في إطار الغرض الذى خصصت له، كإقامة حمامات على الشواطئ، وتأجير المقاصف في المرافق العامة، ومن ثم يبدو أن عدم القابلية للتعامل مسألة نسبية.

وقد يكون الشيىء خارجاً عن دائرة التعامل لانه من الاشياء المحرمة التى يرى الشارع ان التعامل فيها يخل بالنظام العام والآداب، كالمخدرات، والاتفاق على اقامة علاقة غير مشروعة مع امراة.

وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل غير مخالف للنظام العام والآداب، كالتزام شخص بقتل آخر، أو اتلاف أمواله أو سرقه مبلغ من النقود، وإذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل وجب إلا يكون هذا الامتناع مخالفاً للقانون كان يتعهد شخص بالامتناع عن الوفاء بالضرائب المستحقة للدولة، أو بعدم إداء الشهادة في دعوى استدعى فيها لأدائها، أو الالتزام بالامتناع عن ممارسة حرفة معينة مدى الحياة لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية[١٠٦].

وفكرة النظام العام فكرة مرنة تستعصى على الضبط الدقيق، ومع ذلك فإنها يمكن تعريفها بأنها: بمجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التى يقوم عليها المجتمع[١٠٧].

---

(١٠٥) مادة ٢/٨١ مدني مصرى.

(١٠٦) السنهورى - فقرة ٢٢٧، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٢٣، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٦٩، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقة ٢٠٩.

(١٠٧) السنهورى - فقرة ٢٢٨، د. سمير تناغو - فقرة ٦٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة

وإما الآداب العامة أو حسن الآداب فهى مجموعة الأسس الخلقية التى يقوم عليها نظام المجتمع ويرى أنها ضرورية، ومن ثم فلا يجوز الخروج عليها بالاتفاقات الخاصة، لأن النصوص المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر من القواعد الآمرة. وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام تعتبر مرنة ونسبية تتغير بتغير الزمان والمكان، كما تتأثر بالتقاليد الموروثة والعادات والدين، كما أنها غير محدودة ومن ثم يترك تقدير مدى المخالفة لها للقضاء[١٠٨].

(١٠٨) د. انور سلطان – فقرة ١٩٨.

المبحث الثالث

السبب

٩٤- يعتبر السبب ركناً في العقد لا ينعقد بدونه، وإذا كان محل العقد هو الاجابة عن سؤال: بماذ التزم المدين، فإن السبب هو الاجابة عن سؤال: لماذا التزم المدين.

والسبب: هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، ففي عقد البيع يكون غرض البائع الحصول على الثمن، وغرض المشترى الحصول على الشيء المبيع، فهذا الغرض المباشر هو سبب الالتزام(١٠٩).

والسبب في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا الباعث يختلف من متعاقد لآخر حتى في النوع الواحد من العقود، فالذى يبيع ماله، قد يقصد انفاق الثمن في شئون معيشته، وقد يقصد آخر بالبيع شراء منزل أو أرض أخرى مثلاً، ومن ثم يختلف السبب في العقد عن السبب في الالتزام، حيث إن السبب في الآخر لا يتغير في النوع الواحد من العقود ولا يختلف من شخص إلى آخر وقد أدى الاختلاف بين السبب في الالتزام والسبب في العقد إلى ايجاد نظريتين هما النظرية التقليدية، والنظرية الحديثة.

٩٥- أولاً: النظرية التقليدية في السبب:

تفرق تلك النظرية بين ثلاثة أنواع من الأسباب هى السبب المنشيء، والسبب القصدى، والسبب الدافع.

(١٠٩) د. أنور سلطان - فقرة ١٧٠، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢١٤.

أما السبب المنشيء فإنه لا يدخل في نطاق البحث، إذ هو مصدر مصادر الإلتزام بالمعنى الشائع، وذلك كالعقد، والارادة المنفردة، والعمل غير المشروع، لأنه ينشيء الالتزام.

وأما السبب القصدى: فهو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه وهذا النوع من السبب هو الذى تأخذ به النظرية التقليدية.

وإما السبب الدافع: فهو الباعث الدافع، أى الذى دفع الملتزم لأن يتعاقد، وهو عبارة عن الغرض البعيد أو غير المباشر الذى جعل الملتزم يتعاقد وذلك كمن يشترى منزلاً، فإن الباعث له على شرائه ودفع ثمنه، قد يكون هو السكن فيه، أو تزويج ولده أو ابنته، أو استغلاله بالتأجير أو اتخاذه نادياً للقمار، أو ممارسة الأعمال المنافية للأخلاق والفضيلة، فالباعث يتعلق بنية الملتزم، وهو خارج عن العقد ومتغير في كل نوع منه عن الآخر.

٩٦- السبب في العقود المختلفة:

وقد أنتهت النظرية التقليدية إلى أن السبب هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم من الوصول إليه بالتزامه، وهو يتحدد في العقود المختلفة من خلال هذا المعنى، وذلك كما يلى:

(أ) ففي العقود الملزمة للجانبين يعتبر سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، فالسبب لدى البائع هو الحصول على الثمن، ولدى المشترى هو الحصول على المبيع.

(ب) وفي العقود الملزمة لجانب واحد إذا كان العقد عينياً يكون القصد هو التسليم، كالمودع لديه يلتزم بتسليم الوديعة لأنه تسلمها من

صاحبها، وكالمقرض يرد القرض الذى أخذه، وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد رضائياً، يكون سبب الالتزام هو اتمام العقد الموعود به.

(جـ) وفي التبرعات يكون السبب هو نية التبرع ذاتها، بصرف النظر عن ا لباعث للتبرع[110].

٩٧- شروط السبب وفقاً للنظرية التقليدية:

ويجب أن يتوافر في السبب وفقاً للنظرية التقليدية شرطان:

أولهما: أن يكون السبب موجوداً:

فإذا لم يكن سبب الالتزام موجوداً فإن العقد يكون باطلاً، فإذا اكره أحد المتعاقدين الآخر على التوقيع على تعهد بدين وهو غير مدين به، فهذا الالتزام لا سبب له، فيكون التعهد باطلاً لانعدام السبب.

وثانيهما: أن يكون السبب صحيحاً:

ويكون السبب غير صحيح في حالتى السبب الموهوم أو المغلوط، والسبب الصورى:

(١) اما السبب الموهوم فمثاله: ادعاء شخص بأنه دائن للتركة بينما يكون المورث قد وفى هذا الدين.

(٢) واما السبب الصورى: فهو الذى يضمر فيه المتصرف نيه التبرع في صورة إبرام عقد بيع.

(١١٠) السنهورى - فقرة ٢٦٤، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢١٨. د. أنور سلطان - فقرة ٢٠٩، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٨١.

كما يشترط بداهة أن يكون السبب مشروعاً فمن يلتزم بدفع مبلغ من المال مقابل ارتكاب جريمة، فإنه يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب[111].

وقد استهدفت النظرية التقليدية في السبب للنقد من جهة أنها غير صحيحة في العقود الملزمة للجانبين لان التزام الطرفين ينشأ دفعة واحدة، مع أن السبب يوجد قبل أن ينشأ المسبب، وفي العقود العينية فإن التسليم ليس سبباً، وإنما هو مصدر للالتزام، وفي عقد التبرع ليست نية التبرع هى السبب، ولكن الرضا بالتبرع هو السبب، فإذا فقدت النية، بطل الالتزام لانعدام الرضا، فهى تخلط بين السبب والتراضى، كما قيل إنه لا فائدة منها لانه لا يمكن الوصول من خلالها إلى ابطال العقود التى تهدف النظرية إلى ابطالها، وخاصة في التبرع إذا كان السبب الدافع له هو اقامة علاقة غير اخلاقية مع امرأة.

٩٨- ثانياً: النظرية الحديثة في السبب:

وتذهب النظرية الحديثة في السبب إلى القول بأنه هو الباعث الدافع إلى التعاقد وليس الغرض المباشر المقصود من التعاقد وقد انتقلت هذه النظرية إلى القضاء والفقه المصريين عن طريق القضاء الفرنسى، ثم أخذ بها المشرع المصرى في التقنين المدني الحالى في كثير من المواطن:

ولما كان الباعث امراً نفسياً يختلف باختلاف الاشخاص ويتغير من عقد إلى آخر. وهو ليس عنصراً داخلياً في العقد، وإنما هو عنصر خارجى.

---

(111) الوسيط - فقرة ٢٦٨ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٢٠ وما بعدها د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٨٢، د. أنور سلطان - فقرة ٢١٢ وما بعدها.

ونظراً لان الدوافع التى ترتبط بالعقد منها ما يكون مؤثراً ودافعاً إلى التعاقد، ومنها ما يكون غير مؤثر، فقد قصدت النظرية الحديثة إلى الدافع المؤثر في التعاقد ووقفت عنده ولم تشترط في السبب الا أن يكون مشروعاً[112].

وقد نصت المادة (١٣٦ مدنى مصرى) على انه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، والنص يفيد انه يجب ان يكون للالتزام سبب أى باعث للتعاقد، وان كان البعض يرى ان المراد بالسبب في النص هو مصدر العقد أو سببه إلا أن الراجح هو الرأى القائل بأن السبب هو السبب القصدى الباعث على التعاقد[113].

٩٩- شروط السبب وفقاً للنظرية الحديثة:

ويبدو من نص المادة (١٣٦ مدنى مصرى) ان لسبب الالتزام شرطين، ان يكون السبب موجوداً، وان يكون مشروعاً.

أولاً: وجود السبب بمعنى القصد المباشر:

هذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وهو السبب المباشر الذى يقصد إليه الملتزم من جراء التزامه، وهو يعد عنصراً موضوعياً يدخل في العقد

---

(١١٢) ومن تطبيقات الباعث غير المشروع في القضاء الفرنسى ما قضى به من ان البيع والايجار مع نيه اعداد المكان للدعارة أو القمار، وكذا بيع الاثاث الذى يراد تخصيصه لهذه الأمكنة، يعتبر باعثاً غير مشروع، وكذلك القرض الذى يريد المقترض إمدادها به، كما قررت بطلان التبرع إذا كان المراد به تحقيق غاية غير مشروعة كإنشاء علاقة غير شرعية أو العمل على استبقائها أو اعادتها، بلانيول وربير - جـ ٦ - ص ٢٧٩ وما بعدها مشار إليه في د. عبد الرازق فرج - هامش (١) ص ٢٢٨ وما بعدها.

(١١٣) السنهورى - فقرة ٢٨٩، د. سمير تناغو - فقرة ٧٩، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٨٦ مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٢٢٥ وما بعدها.

ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، وهذا السبب هو الذى تأخذ به النظرية التقليدية.

وهذا الشرط لا يتعلق بسبب العقد، وهو الباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد والذى يعتبر أمراً شخصياً خارجاً عن العقد ويتغير من شخص إلى آخر في النوع الواحد من العقود.

ثانياً: أن يكون السبب مشروعاً:

وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وبسبب العقد معاً، ولا يؤدى الباعث غير المشروع إلى بطلان العقد إلا إذا كان الطرف الآخر على علم به، ويعتبر الباعث غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب[١١٤].

١٠٠- اثبات السبب:

تنص المادة (١٣٧ مدنى مصرى) على أن: "كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك، فإذا قام الدليل على صوريه السبب، فعلى من يدعى ان للالتزام سبباً آخر مشروعاً ان يثبت ما يدعيه".

ويبدو ان هذا النص يفرق بين حالة ذكر السبب وحالة عدم ذكره.

أولاً: إذا لم يذكر السبب في العقد:

وفي هذه الحالة يعتبر المشرع ان سبب العقد مشروع، فلو كتب في عقد ان المدين يلتزم بدفع مبلغ من النقود للدائن دون ذكر لسبب هذا الالتزام هنا يفترض ان سبب العقد صحيح.

---

(١١٤) السنهوري - فقرة ٢٩٣. د. إسماعيل غانم - فقرة ١٢٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٣٣، د. عبد الرزاق فرج - فقرة ١٨٦.

غير ان هذه القرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، فإذا ادعى المدين أن سبب العقد غير مشروع فعليه أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات وان يثبت علم الدائن ايضاً بهذا السبب.

ثانياً: حالة ذكر السبب في العقد:

وفي هذه الحالة يعتبر المشرع ان هذا السبب صحيح، وانه سبب حقيقى الا ان هذه القرينة بدورها بسيطة تقبل اثبات العكس، فيستطيع المدين أن يثبت عكسها، بأن يثبت أن هذا السبب صورى، وأنه يستر وراءه سبباً غير مشروع[115].

---

[115] د. السنهورى - فقرة ٢٩٥، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٨٧، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٥١ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٢٦.

المبحث الرابع
أثر تخلف شروط الانعقاد والصحة

١٠١- يترتب على تخلف شروط الانعقاد وشروط الصحة بطلان العقد، والبطلان منه ما لا يقبل الاجازة وهو البطلان المطلق، ومنه ما يقبل الاجازة وهو البطلان النسبي، وهذا يقتضي بيان حقيقة البطلان وأنواعه، والاجازة وأحكامها، ونخصص لكل موضوع مطلباً.

المطلب الأول
البطــــلان

١٠٢- البطلان هو الجزاء الذى فرضه القانون على تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من الشروط الواجب توافرها في كل ركن من هذه الأركان، ويترتب على البطلان انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة لغيرهما، وهو يختلف عن العقد غير النافذ في ان الاخير صحيح ومنتج لآثاره فيما بين المتعاقدين، ولكن لا ينفذ في حق الغير، كما لو تجاوز النائب حدود النيابة، فعقده صحيح مع من تعاقد معه، الا أنه لا ينفذ في حق الأصيل، وكذلك الأمر فيما يتعلق بإيجار ملك الغير فإنه صحيح بين طرفيه لكنه غير ملزم بالنسبة لمالك العين المؤجرة.

كما يختلف البطلان عن الفسخ في أن الخلل في الأول يعود للاركان، بينما الفسخ يفترض وجود عقد صحيح لا يقوم احد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه، فيجوز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد[١١٦].

---

(١١٦) السنهوري - فقرة ٢٩٩، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٣٨، د. سمير تناغو - فقرة ٢٨٠، د. عبد الرازق فرج - فقرة ١٩٤.

١٠٣- البطلان المطلق والبطلان النسبى:

والبطلان من جهة تخلف شرط من شروط الانعقاد في التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ومن جهة تخلف شرط من شروط الصحة يعتبر باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للابطال.

فالبطلان المطلق هو الذى تخلف فيه شرط من شروط الانعقاد، والبطلان النسبى هو الذى تخلف فيه شرط من شروط الصحة.

١٠٤- حالات البطلان المطلق:

ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في الحالات الآتية:

أولاً: ان يصدر التصرف من شخص فاقد الأهلية كالصبى غير المميز والمجنون.

ثانياً: إذ انعدمت الارادة كالمكره الذى انعدمت ارادته وفقد الاختيار بين القبول والرفض.

ثالثاً: إذا كان محل الالتزام معدوماً أو مستحيلاً أو كان غير معين أو غير مشروع.

رابعاً: إذا لم يوجد للارادة سبب أو كان سببها غير مشروع.

خامساً: إذا لم يستوف التصرف الشكل الذى اشترطه القانون.

سادساً: إذا تقرر البطلان بنص في القانون.

١٠٥- خصائص البطلان المطلق:

ويتسم البطلان المطلق بالخصائص الآتية:

أولاً: يقع البطلان المطلق من تلقاء نفسه دون حاجة إلى صدور حكم به.

ثانياً: البطلان المطلق يعنى عدم وجود التصرف، ولهذا فإنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به وهذا ما قضت به المادة (١/١٤١ مدنى مصرى)[١١٧].

ثالثاً: للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك به أحد من الخصوم.

لايزول هذا البطلان بالاجازة، ولكن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط ويزول بالتقادم (مادة ١٤١ مدنى).

١٠٦ – حالات البطلان النسبى:

يكون البطلان نسبياً في الحالات الآتية:

أولاً: إذا صدر تصرف من شخص شاب ارادته عيب من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

ثانياً: إذا صدر التصرف من شخص ناقص الأهلية، وذلك كالصبى المميز إذا كان تصرفه دائراً بين النفع والضرر كالبيع والاجارة.

ثالثاً: إذ ورد نص خاص في القانون يجعل التصرف قابلاً للابطال، وذلك كما في حالة بيع ملك الغير الذى جعله القانون قابلاً للابطال فيما

---

(١١٧) د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٢٤٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٦١، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٩٧

بين المتعاقدين، وغير نافذ في مواجهة المالك الحقيقى[118].

١٠٧- خصائص البطلان النسبى:

ويتسم البطلان النسبى بالخصائص الآتية:

أولاً: ينتج التصرف الباطل بطلاناً نسبياً جميع آثار التصرف الصحيح حتى يقضى ببطلانه.

ثانياً: لا يجوز الحكم بابطاله الابناء على طلب الشخص الذى شرع البطلان النسبى لمصلحته، وذلك كناقص الأهلية، أو من شاب ارادته عيب من عيوب الارادة، ومن ثم لا يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها.

ثالثاً: يزول البطلان النسبى بالاجازة الصريحة أو الضمنية[119].

رابعاً: يزول البطلان النسبى بالتقادم[120].

خامساً: يترتب على ابطال التصرف أن يعود الحال إلى ما كان عليه قبل التصرف، فيرد كل متصرف ما أخذه، ويستثنى من ذلك ناقص الأهلية، فلا يلتزم بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد[121].

---

(١١٨) مادة ٤٦٦ مدنى مصرى.

(١١٩) مادة ١/١٣٩ مدني مصري.

(١٢٠) مادة ١/١٤٠ مدني يمصري.

(١٢١) مادة ٢/١٤٢ مدني مصرى

المطلب الثاني

الاجـــازة

١٠٨- الاجازة هي النزول عن الحق في طلب الابطال، بالنسبة للعقد الباطل بطلاناً نسبياً، أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فلا ترد عليه الاجازة ويملك الاجازة من شرع الابطال لمصلحته، إذ هو صاحب الحق في التمسك بالابطال، ومن ثم فإنه يملك النزول عنه.

وتتم الاجازة بارادة واحدة، هى ارادة صاحب الحق في طلب الابطال ولا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر، بل إنها تحدث أثرها دون حاجة إلى علم الطرف الآخر بها، وإذا صدرت من المميز فلا يملك بعد ذلك أن يرجع فيها، ولهذا يلزم لها الأهلية الكاملة لدى المميز وخلو ارادته من كل عيب يشوبها[١٢٢].

والاجازة قد تكون صريحة أو ضمنية[١٢٣]، وهي تكون صريحة بكل لفظ يدل عليها، مثل: أجزت أو أمضيت التصرف، وإما الاجازة الضمنية فتكون بتنفيذ العقد في جانب من له الحق في الاجازة وهو كل من يثبت له الحق في التمسك بابطال العقد، كناقص الأهلية، ومن شاب إرادته عيب من عيوب الارادة. وهي لا ترد إلى على العقد القابل للابطال.

ويتقادم الحق في طلب الابطال بمضى ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب، أو خمس عشرة سنة من تاريخ العقد[١٢٤].

---

(١٢٢) السنهورى - فقرة ٣٢٧. د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٦٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٠٢، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٤٨.

(١٢٣) مادة ١٣٩ مدني مصرى.

(١٢٤) مادة ١٤٠ مدني مصرى.

١٠٩- شروط صحة الاجازة:

ويشترط لصحة الاجازة أن تتوافر الشروط الآتية:

أولاً: أن يعلم المميز بسبب قابلية العقد للابطال، فإذا قام بتنفيذ العقد القابل للابطال دون أن يعلم بالعيب الذى شابه، فلا يمكن اعتبار هذا التنفيذ اجازة ضمنية منه[١٢٥].

ثانياً: أن تتوافر في المميز الأهلية اللازمة لابرام العقد الذى يجيزه فلا يستطيع القاصر ان يميز عقد البيع الذى ابرمه وهو قاصر.

ثالثاً: الا يشوب ارادة المميز عيب من عيوب الارادة، فإذا كان عقده قابلاً للابطال بسبب الاكراه، فلا تصح الاجازة إلا إذا ارتفعت حالة الاكراه، فيجب ان يزول السبب الذى من أجله كان العقد قابلاً للابطال[١٢٦].

١١٠- حكم الاجازة:

إذا اجيز العقد استقر نهائياً، بعد أن كان قابلاً للابطال، ويتأكد صحة العقد من وقت انعقاده لا من وقت الاجازة، وقد نصت المادة (٢/١٣٩ مدنى) على أن الاجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير.

ويبدو من هذا النص:

ان للاجازة اثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين، أى أن العقد يعتبر صحيحاً من يوم انعقاده، أما بالنسبة للغير، وهو كل من اكتسب حقاً

---

(١٢٥) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٦٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٠٨.

(١٢٦) د. عبد المنعم البدراوى - السابق، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٤٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٠٨.

على الشيء الذى ورد عليه التعاقد، فليس للاجازة اثر رجعي بالنسبة له.
فإذا باع قاصر عقاراً مملوكاً له وهو ناقص الأهلية ثم بلغ سن الرشد، وقبل اجازته لهذا البيع رهن هذا العقار فإن هذه الأجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن، بل يبقى العقار للمشترى؛ ولكنه يكون مثقلاً بحق الرهن[١٢٧].

الفرع الأول
آثـــار البطـــلان

١١١- العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للابطال وتقرر ابطاله، فإنه لا يكون له وجود قانوني ولا يرتب اثراً ما، سواء فيما بين طرفيه أو بالنسبة إلى الغير، وإذا تقرر ابطال العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، ويلزم لذلك ان يقوم كل منهما برد ما أخذه إلى الآخر ففي عقد البيع – مثلاً – يقوم المشترى برد المبيع إلى بائعه، ويرد البائع الثمن إلى المشترى، وإذا كان الرد متعذراً في بعض الحالات يحكم القاضى بتعويض عادل، فلو هلك المبيع في يد المشترى يكون التعويض بمقدار قيمة المبيع[١٢٨]، وقد نصت المادة (١/١٤٢ مدني) على انه: "في حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل".

ومع ذلك فإنه توجد حالات يقيد القانون فيها استرداد ما تم الوفاء به بناء على العقد الباطل، أو يحرمه.

---

(١٢٧) السنهورى – فقرة ٣١٨، د. أنور سلطان – فقرة ٢٤٩، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٧٠، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٢٥٣، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢٠٩.

(١٢٨) د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢١٠

١١٢- حالة تقييد الرد بسبب الابطال:

إذا كان العقد قابلاً للابطال لنقص أهلية احد المتعاقدين وابطل العقد، فإن ناقص الأهلية لا يلتزم الا برد مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، فلو باع عقاراً بعشرة آلاف، انفق منها خمسة فيما لا يفيده، وخمسة فيما يفيده، أو احتفظ بها فإنه لا يلزم الا برد ما استفاد به أو بقى معه، وذلك حماية له، وقد نصت على هذا المادة ٢/١٤٢ مدنى مصرى[١٢٩].

١١٣- حالة تحريم الرد بسبب البطلان:

تنص بعض القوانين، كالقانونين الالمانى (مادة ٨١٧) والايطالى (مادة ٢/٢٧) على ان من وفى بالتزام مخالف للنظام العام والآداب، كمن يعطى مالاً لآخر رشوة، أو من اجل المغامرة أو الاتصال الجنسي غير المشروع، فإنه لا يستطيع ان يسترد ما أداه[١٣٠].

غير أن هذا الحكم لم يعمل به في القانون المدني، حيث ذهب الرأى الراجح في الفقه إلى ان العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه كالعقد الباطل لأى سبب آخر، حيث يلزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه[١٣١].

١١٤- تعويض الضرر الناشئ عن بطلان العقد:

والبطلان إذا كان راجعاً إلى خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين، فإن هذا المتعاقد يلتزم بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، وقد نص المشرع في المادة (١١٩ مدنى) على انه يجوز لناقص الاهلية ابطال العقد، وهذا

([١٢٩]) السنهورى - فقرة ٢٣٩، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٧٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٦١.

([١٣٠]) د. سمير تناغو - فقرة ٢٨٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٦٢.

([١٣١]) السنهورى - فقرة ٣٣٨، د. أنور سلطان - فقرة ٢٤٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢١٢.

مع عدم الاخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته، ولما كانت الطرق الاحتيالية عملاً غير مشروع يكون التعويض أساسه المسئولية التقصيرية[١٣٢]، وذلك كأن يقدم ناقص الأهلية شهادة ميلاد مزورة تثبت إنه قد بلغ سن الرشد، وكذلك صدور البيع من غير مالكه، ومن الممكن ان تقوم المسئولية على أساس تحمل التبعة[١٣٣].

١١٥- الآثار العرضية للعقد الباطل:

رغم أن العقد الباطل لا يترتب عليه أى أثر من الآثار القانونية التي انصرفت إليها إرادة المتعاقدين، إلا أنه مع ذلك يمكن أن يرتب آثاراً عرضية، فالشركة التجارية إذا قضى ببطلانها تصبح شركة واقعية فيقتسم الشركاء فيها الأرباح والخسائر، كما يقتسمون مال الشركة (مادة ٥٤ تجارى مصرى) وذلك حماية للوضع الظاهر إذا اقترن بحسن النية، استقراراً للمعاملات[١٣٤].

وكعقد النكاح، فإنه رغم بطلانه يرتب آثاراً عرضية كوجوب العدة، ووجوب المهر والدخول، وثبوت النسب، وسقوط الحد، وذلك لدرئه بالشبهة وهى العقد حتى لو كان باطلاً.

ومع ذلك فإن من أهم الآثار العرضية تحول العقد الباطل، وانتقاص العقد، ونبين كلاً منهما:

أولاً: تحول العقد الباطل:

العقد الباطل قد يتضمن بالرغم من بطلانه عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذى تقرر بطلانه والذى كان مقصوداً اصلاً إلى

---

(١٣٢) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٨٣.

(١٣٣) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٦٩، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢١٣.

(١٣٤) السنهورى - فقرة ٣١٣.

تصرف صحيح إذا توافرت عناصره، وذلك كالكمبيالة إذا لم تستوف الشكل المقرر قانوناً فإنها يمكن ان تتحول إلى سند عادى، وقد قضت المادة (١٤٤ مدني مصرى) بأنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى ابرام هذا العقد".

ويستبين من نص المادة المذكورة ان لتحول العقد الباطل أو القابل للابطال إلى عقد صحيح شروطاً هى:

(١) أن يكون العقد الأصلى باطلاً أو قابلاً للابطال، فإذا كان عقداً صحيحاً، فإنه لا يتحول إلى عقد آخر، وكذلك إذا كان باطلاً في شق منه، وكان مما يقبل الانقسام، فإنه لا يتحول، وإنما ينتقص العقد.

(٢) وأن يكون كل من العقد الباطل أو القابل للابطال مستوفياً أركان العقد الآخر، وخاصة ما يتعلق بالرضا والمحل والسبب.

(٣) كما يجب ان تدل ظروف التعاقد على ان نية المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى هذا التصرف الجديد، لو تبين لهما أن التصرف الذى قصدا إنشاءه في الأصل باطلاً[١٣٥].

ثانياً: انتقاص العقد الباطل في جزء منه:

وإذا كان العقد مكوناً من عدة أجزاء بعضها باطل وبعضها صحيح، ففي هذه الحالة يستبعد الجزء الباطل، ويظل الجزء الباقي من العقد صحيحاً باعتباره عقدا مستقلاً، وذلك كما لو ورد البيع على عدة اشياء وكان أحدها خارجاً عن دائرة التعامل، أو صدر البيع من عدة ملاك على

---

(١٣٥) د. انور سلطان – فقرة ٢٦٧، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢١٧.

الشيوع وكان احدهم ناقص الأهلية، ففي هذا الحالات يقتصر البطلان على الشق المعيب من العقد وحده دون الشق الصحيح، وذلك بشرط الا يتعارض ذلك مع نية الطرفين، وقد نصت على ذلك المادة (١٤٤ مدنـى) بقولها: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للابطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً، أو قابلاً للابطال فيبطل العقد كله".

ويبدو من هذا النص أنه يشترط لانتقاص العقد توافر شرطين:

أولهما: أن يكون العقد باطلاً في جزء منه فقط، فإذا كان باطلاً كله، فإنه لا ينتقص، بل يتحول إلى عقد آخر وفقاً لمبدأ تحول العقد.

ثانيهما: أن يكون العقد قابلاً للانقسام، فإذا كان غير قابل للانقسام فإنه لا ينتقص وإنما يتحول إلى عقد آخر(١٣٦).

الفرع الثاني
آثار البطلان بالنسبة للغير

١١٦- لا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل تمتد إلى الغير، ويقصد بالغير كل من تلقى من المتعاقدين حقوقاً تتعلق بالشيىء موضوع العقد، وذلك كالخلف الخاص للمتعاقدين، ولو كان العقد الباطل عقد بيع. وقام المشترى بتأجير العين التى اشتراها إلى مستأجر، أو قرر عليها حقاً عينياً للغير كحق الرهن أو الارتفاق، فالأصل أن بطلان عقد الشراء يطل به أثر تلك التصرفات، وتزول جميع الحقوق التى رتبها المشترى في هذ الفرض، لأنه ليس للمشترى أن ينقل إلى غيره

(١٣٦) د. انور سلطان – فقرة ٢٦٧، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢١٧.

من الحقوق أكثر مما يملك، ولأن فاقد الشيء لا يعطيه[١٣٧].

غير أن إعمال أثر البطلان للغير قد يسبب له أضراراً جسيمة، ومن أجل هذا فقد حد المشرع من أثر البطلان على الغير حسن النية، إذا كان لا يعلم بالسبب الذى من أجله ابطل العقد، ومن هذه القيود:

أولاً: إذا كان العقد من عقود الادارة كالإيجار فإنها تظل قائمة مادامت من أعمال الادارة الحسنة أى بأجر المثل، وعقدت بدون غش من جانب الطرفين، ولمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات.

ثانياً: إذا كان العقد من عقود التصرف يفرق بين العقار والمنقول:

(أ) فإن كان منقولاً، وتسلمه الغير بحسن نية، وهو يجهل ما يشوب سند المتصرف من اسباب البطلان، فإن له أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (مادة ٩٧٦ مدني مصري).

(ب) وإذا كان الشيء عقاراً، فإنه يجب التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي[١٣٨].

(١) فإذا كان سند المتصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإن المتصرف إليه حسن النية لن يكتسب الملكية أو الحق العينى الذى تعاقد عليه إلا بالتقادم الخمسى، وذلك باستمرار حيازته لمدة خمس سنوات.

---

(١٣٧) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٨٦، د. إسماعيل غانم – فقرة ١٤٨، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢١٨.

(١٣٨) المراجع السابقة.

(٢) إما إذا كان سند المتصرف باطلاً بطلاناً نسبياً فإن الحكم بالابطال لا يحتج به على الغير الذى كسب حقه وسجله وهو حسن النية قبل تسجيل دعوى الابطال[١٣٩].

---

(١٣٩) مادة ١٧ من قانون الشهر العقارى.

الفصل الثالث
آثـــار العـــقد

١١٧- إذا نشأ العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه، فإنه يكون عقداً صحيحاً لترتيب آثاره عليه، وتتمثل هذه الآثار في القوة الملزمة لكل من المتعاقدين وخلفهما العام والخاص، كما أن له قوة ملزمة من حيث الموضوع، فآثار العقد تتعلق بالأشخاص، وتتعلق بالموضوع، ونبين ذلك

المبحث الأول
آثار العقد من حيث الأشخاص

١١٨- وطبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، فإن آثاره تنصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفهما العام، والخلف العام: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية، أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بحصة من التركة كالثلث أو الربع، كما تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص، وهو كل من يخلف الشخص في ملكية شيء معين أو في حق عيني آخر، وذلك كالمشترى، فإنه يعتبر خلفاً خاصاً للبائع لأنه يخلفه في العين المبيعة، كما تنصرف هذه الآثار إلى الغير.

المطلب الأول
أثر العقد بالنسبة للخلف العام

١١٩- من المقرر أن ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الخلف العام، وهو الوارث، حيث يخلف المورث فيه بعد موته، بعد سداد ديونه منها، حيث لا تنتقل التركة إلى الورثة إلا بعد سداد الديون، ومن ثم لا ينصرف إلى الخلف العام إلا الحقوق وليس

الالتزامات، حيث تتعلق بعين التركة قبل انتقالها إلى الوارث[١٤٠] ولا ينصرف أثر العقد إلى الخنف العام في الحالات الآتية:

أولاً: إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين على عدم انصراف أثر العقد إليهما.

ثانياً: إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد لا تسمح بانتقاله إلى الخلف العام، ويحدث ذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار بحيث لا يمكن للورثه أن يحلوا محله، مثل أن يتعاقد شخص مع طبيب معين أو محام مثلاً.

ثالثاً: إذا كان هناك نص في القانون يقضى بعدم انصراف اثر العقد إلى الخلف العام، وذلك كانقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع قبل انقضاء الاجل المعين (مادة ١/٩٩٢ مدنى)، وانتهاء الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو انقضاء اجلها كما تنتهي بموت الموكل أو الوكيل (مادة ٧١٤ مدني)، وانقضاء الاجاز بموت المستأجر إذا كان قد انعقد بسبب حرفة المستأجر (مادة ٦٠٢ مدني).

رابعاً: قد يأخذ الخنف العام حكم الغير بالنسبة إلى تصرفات سلفه متي تناولت حق الخلف في الميراث، فلا تجوز الوصية بما زاد على الثلث في حق الورثة إلا إذا اقروها، ويأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، حيث لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة[١٤١].

---

(١٤٠) السنهورى - فقرة ٣٤٦، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٣٣١، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٢٦.

(١٤١) السنهورى - فقرة ٣٤٧ وما بعدها، د. أنور سلطان - فقرة ٢٧١ وما بعدها د.عبدالمنعم البدراوى - فقرة ٣٤٣ وما بعدها، د. إسماعيل غانم - فقرة ١٧٧ وما بعدها، د.عبد الرازق فرج - فقرة ٢٣٠

المطلب الثاني
أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

١٢٠- يقصد بالخلف الخاص: من يخلف سلفه في ملكية شيء معين أى حقاً مالياً (عينياً كان او شخصياً) كان قائماً في ذمة السلف وذلك كالمشترى والموهوب له وصاحب حق الانتفاع، والمحال له ولا يعتبر المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر لأنه ينشيء حقاً شخصياً للمستأجر فهو دائن للمؤجر وليس خلفاً له.

ويشترط لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ما يلى:

أولاً: ان يكون العقد الذى أبرمه السلف متعلقاً بالشيء الذى انتقل إلى الخلف، وسابقاً له، فإذا باع شخص منزلاً مؤمناً عليه من الحريق مع شركة تأمين، فإنه يشترط حتى ينتقل أثره مع الشيء المبيع أن يكون قد تم قبل قيام المالك ببيع المنزل.

ثانياً: أن تكون الحقوق والالتزامات التى أنشأها العقد الذى قام السلف بابرامه من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص، بأن تكون مكملة له أو من توابعه وملحقاته، كالرهن وحقوق الارتفاق والتأمين.

ثالثاً: ان يكون الخلف الخاص على علم بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وقت انتقال الشيء إليه، ويجب أن يكون هذا العلم حقيقياً، أو ما يقوم مقامه من تسجيل أو قيد في الحقوق العينية الواجبة الشهر[١٤٢].

---

(١٤٢) السنهورى - فقرة ٣٥٠ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٠٠ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٥١ وما بعدها، د. إسماعيل غانم - فقرة ١٨٠ وما بعدها، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٣٤.

المطلب الثالث

أثر العقد بالنسبة للغير

١٢١- ويراد بالغير كل شخص من غير المتعاقدين وخلفهما العام والخاص وقد نصت المادة (١٥٢ مدنى) على أنه: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

ويبدو من هذا النص؛ أن الغير يمكن أن يكتسب حقاً من العقد، وذلك عن طريق الاشتراط عن الغير، كما يجوز ان يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، وذلك في حالة التعهد عن الغير، ونبين ذلك.

الفرع الأول

التعهد عن الغير

١٢٢- التعهد عن الغير هو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص يعمل بتمثل في حمل شخص آخر على قبول التزام معين، وذلك كما لو باع مجموعة يملكون عقاراً على الشيوع هذا العقار، وكان أحدهم غائباً فيتعهدون عنه بانه سيقر هذا البيع عند قدومه من السفر، والتعهد عن الغير له ثلاثة اشخاص: المتعهد، والمتعهد له، والمتعهد عنه.

١٢٣- شروط التعهد عن الغير:

بينت المادة (١٥٣ مدنى مصرى) شروط التعهد عن الغير، ومنها يتضح أنه لكى يتحقق التعهد عن الغير يجب توافر الشروط الآتية:

أولاً: ان يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه وذلك هو الفرق بينها وبين الوكالة لان الوكيل يتعاقد باسم الموكل ولحسابه لا باسمه الشخصى.

ثانياً: أن يقصد المتعهد عن الغير الزام نفسه بتعهده، وليس الزام الغير.

ثالثاً: أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، فالتزام المتعهد التزام بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، فلا يكفى منه أن يتعهد ببذل جهد لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يلتزم فعلاً بالوصول إلى تلك النتيجة.

١٢٤- آثار التعهد غير الغير:

يتوقف تحديد هذه الآثار على قبول الغير للتعهد أو رفضه.

أولاً: فى حالة قبول التعهد:

إذا قبل الغير التعهد، فإنه ينتج أثره فيما بين الطرفين، وبالنسبة للغير:

(١) فبالنسبة للطرفين يعتبر قبول الغير تحقيقاً للنتيجة التى التزم بها المتعهد، ومن ثم يكون قد أوفى بالتزامه تجاه المتعهد له.

(٢) وبالنسبة للغير، فإنه يترتب على قبوله أن ينشأ عقد جديد بينه وبين المتعهد له، يختلف عن العقد الأول المبرم بين المتعهد والمتعهد له، ويتم هذا العقد من الوقت الذى يتم فيه التعهد، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد (مادة ١٥٣ مدنى).

ثانياً: فى حالة رفض التعهد:

للغير كامل الحرية فى قبول التعهد أو رفضه، ولا يعتبر مسئولاً عن الرفض لأنه غير ملتزم، وهو أجنبى عن التعهد، وإذا رفض يكون المتعهد قد أخل بالتزامه، ومن ثم يعتبر مسئولاً عن تعويض المتعهد له وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية، ولا يستطيع المتعهد التخلص من المسئولية فى حالة رفض الغير التعهد الا إذا أثبت السبب الأجنبى كموت الغير المتعهد عنه، أو أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به إذا استطاع، فلو كان تعهده بحمل مقاول على بناء منزل، ورفض المقاول

يمكن للمتعهد أن يقوم بالبناء إذا استطاع فيدفع بذلك المسئولية عن نفسه، أما إذا كان تعهده بحمل طبيب على العلاج ورفض، فإنه لن يستطيع التخلص من المسئولية[١٤٣].

الفرع الثاني
الإشتراط لمصلحة الغير

١٢٥- الإشتراط لمصلحة الغير: وهو عقد يتم بين شخصين هما المشترط والمتعهد، بموجبه يشترط الأول على الثانى، أن يؤدى الأخير لشخص ثالث أجنبى عن العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع حقاً أو أداءاً عينياً ومن ثم يبدو أن أشخاص الإشتراط لمصلحة الغير ثلاثة: المشترط، والمتعهد، وهما طرفا العقد، وأما الثالث وهو المستفيد أو المنتفع فإنه يعتبر من الغير، وهو يستفيد من العقد استثناء من المبدأ القاضى: بإن العقد لا يسرى على غير أطرافه[١٤٤].

وذلك كأن يقوم شخص بابرام عقد التأمين على الحياة لمصلحة أولاده، هنا المنتفع وهم الاولاد ليسوا طرفاً في عقد التأمين، لانه ينعقد بين المستأمن وشركة التأمين.

وقد يقوم رب العمل بالتأمين لمصلحة عماله، عما يصيبهم من اضرار أثناء العمل، أو يؤمن الناقل لمصلحة مرسل البضاعة[١٤٥].

١٢٦- شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

ويشترط لصة الاشتراط عن الغير ما يلى:

---

(١٤٣) السنهورى - فقرة ٣٦٤، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٦٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٣٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٤٤، د. سمير تناغو - فقرة ١٠٦.

(١٤٤) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٦٣، د. إسماعيل غانم - فقرة ١٨٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٣٩.

(١٤٥) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٤٧.

أولاً: أن يكون التعاقد باسم المشترط لا باسم المنتفع، لانه ليس طرفاً في العقد.

ثانياً: أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، بحيث ينشأ الحق في ذمة المنتفع بمقتضى العقد ذاته، فلا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير إذا اشترط المشترط الحق لنفسه.

ثالثاً: ان يكون للمشترط مصلحة شخصية سواء كانت مادية أو أدبية في الاشتراط، فإذا لم تكن له مصلحة شخصية كان الاشتراك باطلاً وأن تكون المصلحة مشروعة والا كان الاشتراط باطلاً.

رابعاً: أن يكون المنتفع قابلاً للوجود والتعيين عندما ينتج العقد أثره.

١٢٧- أحكام الاشتراط لمصلحة الغير:

ويترتب على الاشتراط لمصلحة الغير نشوء ثلاث علاقات هي: علاقة المشترط بالمتعهد، وعلاقة المشترط بالمنتفع، وعلاقة المتعهد بالمنتفع ونبين ذلك:

أولاً: علاقة المشترط بالمتعهد:

وهذه العلاقة يحددها العقد الذى تم بينهما في حالة التأمين على الحياة لصالح الغير، يلتزم المشترط بدفع الأقسام المتفق عليها في مواعيدها، وتلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين للمنتفع في الوقت المبين في العقد، كما ان للمشترط ان يراقب تنفيذ الشركة لتعهدها عن المنتفع فهو طرف في العقد وله مصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد لالتزامه[١٤٦].

---

(١٤٦) السنهوري - فقرة ٣٧٨، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٧٠، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٤٢.

ثانياً: علاقة المشترط بالمنتفع:

والعلاقة بين المشترط والمنتفع قد تكون قائمة على التبرع أو على المعاوضة[١٤٧]:

(أ) فإذا كان المشترط متبرعاً للمنتفع فإنه يحق للمشترط ان ينقض المشارطة بشرط ان يتم ذلك، قبل ان يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة من المشارطة.

(ب) إما إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير معاوضة، كما في حالة تأمين المدين على حياته لصالح دائنيه، فإن العلاقة بين المشترط والمنتفع يحددها التزام المشترط في مواجهة المنتفع.

ثالثاً: علاقة المتعهد بالمنتفع:

والاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقاً مباشراً للمنتفع تجاه المتعهد يلزمه بتنفيذ الاشتراط، وللمنتفع الحق في مطالبته بالوفاء بما تعهد به، ويترتب على ذلك انه ليس لدائني المشترط شأن بهذا الحق بعد موته، وإذا مات المشترط فإن حق المنتفع لا يدخل في تركته كذلك فإن لا شأن للدائنين بهذا الحق حال حياة المشترط لانه لا يعتبر جزءاً من امواله، ومن ثم فإنه لا يدخل في الضمان العام المقرر على اموال المدين. هذا ويعتبر المنتفع بمثابة دائن للمتعهد، فيكون له ان يطالبه بوفاء ما التزم به ما لم يتفق على خلاف ذلك (مادة ١٥٤ د ٢ مدني مصرى)، ويجوز لورثة المنتفع ان يحلو محله في ابداء الرغبة. إذ توفي قبل اعلان رغبته.

(١٤٧) السنهورى – فقرة ٣٨٢. د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٣٥٩.

المبحث الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

يقتضى بيان آثار العقد من حيث الموضوع القاء الضوء على تحديد نطاق العقد، وتفسيره، والقوة الملزمة له، ونخصص لبيان كل موضوع مطلباً.

المطلب الأول

تحديد نطاق العقد

١٢٨- تنص المادة (١٤٨ مدنى مصرى) على انه: "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

ووفقاً لهذا النص؛ يتحدد نطاق العقد ببيان الالتزامات التى تنشأ عنه، وتترتب على عاتق كل من الطرفين، أو هو تحديد للآثار التى تترتب على العقد في ذمة كل من المتعاقدين(١٤٨).

ولا يقتصر القاضى في تحديده لنطاق العقد على ماورد فيه صراحة، بل يضيف إليه ما يعتبر من مستلزماته، وهذه المستلزمات تتحدد وفقاً لاعتبارات محددة بالنص وهى القوانين المكملة أوالمفسرة لارادة المتعاقدين والعرف، وقواعد العدالة، وطبيعة الالتزام.

---

(١٤٨) د. أنور سلطان – فقرة ٣١٤.

المطلب الثاني

تفسير العقد

١٢٩- يقصد بتفسير العقد؛ تحديد معنى النصوص الواردة فيه، وتفسير العقد من عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل الزمه اتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية وهي تفسير العقد إلى التعديل فيه، فنص في المادة (١٥٠ مدني مصري) على انه: "١- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢- اما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

وتنص المادة (١٥١ مدني مصري) على أنه: "١- يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

ويبدو من هذا النص ان المشرع يفرق في تفسير العقد بين ثلاث حالات هي: حالة وضوح العبارة، حالة غموض العبارة، وحالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين؛ ونبين ذلك:

١٣٠- أولاً: حالة وضوح عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين (مادة ١/١٥٠ مدني)، وعلى القاضي ان يأخذ بالمعنى الظاهر لها، لأن العبارة الواضحة تتفق مع قصد المتعاقدين؛ ومع نية الملتزم الحقيقية.

١٣١- ثانياً: حالة عدم وضوح عبارة العقد:

وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أى شابها غموض تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة، يكون هناك محل لتفسير العقد لازالة الغموض والابهام، والتعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى في المعاملات[١٤٩].

١٣٢- ثالثاً: حالة الشك في معنى العبارة:

إذا قام الشك في معنى عبارة العقد، فإنه وفقاً لنص المادة (١٥١/١ مدنى) يفسر الشك لمصلحة المدين، فإذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين، فإنه يجب تفسير العبارات المتعلقة بالتزامات كل من الطرفين لصالحه، ففي عقد البيع تفسر العبارات المتعلقة بالتزام المشترى بدفع الثمن لصالحه، بينما تفسر العبارات المتعلقة بالتزامات البائع لصالحه، إما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، وجب تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين.

ويستثنى من ذلك العبارات الغامضة في عقود الاذعان، حيث لا يجوز ان يكون تفسيرها ضاراً بمصلحة الطرف المذعن[١٥٠] سواءاً كان دائناً أم مديناً، لأن الطرف المذعن يعتبر هو الطرف الضعيف الذى تجب حمايته حتى يتحقق التوازن بين المتعاقدين[١٥١].

---

(١٤٩) د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٥٠.

(١٥٠) مادة (١٥١/٢) مدنى مصرى.

(١٥١) د. أنور سلطان - فقرة ٣١١، د. إسماعيل غانم - فقرة ١٥٢، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٨٤، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٥٠.

المطلب الثالث

تنفيذ العقد

١٣٣- يترتب على وجود العقد أن يقوم كل من طرفيه بوفاء الالتزام الذى يرتبه العقد عليه، وهو ما يعبر عنه بأن شروط العقد تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، وهذه القاعدة نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الارادة وتمليها اعتبارات دينية وأخلاقية واقتصادية، ذلك أن الاعتبار الدينى والأخلاقى يوجب الوفاء بالعقود والعهود، عملاً بقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[١٥٢]، وأما الاعتبار الاقتصادى فإنه يقوم على أساس استقرار التعامل، ولا يمكن للتعامل أن يستقر فى ظل عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود.

وهذا نصت المادة (١/١٤٧ مدنى مصرى) على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون"، وبناء على هذا النص، يكون العقد هو شريعة المتعاقدين، فلا يستطيع أى منهما بحسب الأصل أن يعدل فيه أو يتحلل من أحكامه بارادته المنفردة.

ومع ذلك يجوز الاتفاق على نقض العقد أوتعديله بارادة الطرفين، سواءاً كان ذلك وقت ابرام العقد أم بناء على اتفاق لاحق.

كما قد يكون نقض العقد أو تعديله راجعاً إلى سبب يقرره القانون، كما فى الوكالة[١٥٣]، والإيجار[١٥٤]، والعمل[١٥٥]، كما قد يبيح القانون

---

(١٥٢) الآية الأولى من سورة المائدة.

(١٥٣) مادة ٧١٥ مدنى مصرى.

(١٥٤) مادة ٥٦٢ مدنى مصرى.

(١٥٥) مادة ٧٢٠، ٧٢٢ مدنى مصرى.

للقاضي تعديل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة كما في الشرط الجزائي[١٥٦]، وكما في الشروط التعسفية في عقود الإذعان حيث يستطيع أن يعدل فيها أو أن يعفي الطرف المذعن منها[١٥٧]، كما أن له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة.

١٣٤- نظرية الظروف الطارئة:

تنص المادة (٢/١٤٧ مدني مصري) على أنه:"ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ومن هذا النص يتضح أن المشرع أراد أن يعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد الممتد، والذي يتراخى تنفيذه بحيث يصبح مرهقاً للمدين في التنفيذ ويهدده بخسارة فادحة، فأعطى القاضي سلطة تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وتفترض نظرية الظروف الطارئة أن هناك عقداً يتراخى تنفيذه إلى أجل، كعقد التوريد، وعقود التزام المرافق العامة، ثم تتغير الظروف الاقتصادية بسبب حادث مفاجئ لم يكن متوقعاً كقيام الحرب مثلاً، مما يصبح مع قيامها تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً، بحيث يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في التجارة، ولو كان الالتزام مستحيلاً لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، وفي هذه الحالة

(١٥٦) مادة ٢٢٤ مدني مصري.

(١٥٧) مادة ١٤٩ مدني مصري.

يستطيع القاضى أن يرد الالتزام المرهق الذى يثقل كاهل المدين إلى الحد المعقول[١٥٨].

١٣٥- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بناء على نص المادة (١٤٧ مدنى) توافر الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون العقد الذى ترد عليه النظرية من العقود التى تراخى تنفيذها سواءاً كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار، أم دورية التنفيذ كعقد التوريد، ويشترط ألا يكون تراخى التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، حيث لا يجوز أن يستفيد المخطئ من تقصيره[١٥٩].

ثانياً: أن يطرأ حادث استثنائى عام، نادر الوقوع وغير مألوف، كالحرب، والزلازل، والفيضانات، والأوبئة العامة، أو صدور قانون يحدد تسعيرة جبرية للسلعة أو يلغى سعراً قائماً.

ثالثاً: أن يكون هذا الحادث الطارئ غير متوقع وقت ابرام العقد، أى لم يكن فى الوسع توقعه فلو كان من الممكن توقعه كما لو ابرم العقد فى وقت تنذر فيه الحالة الدولية بنشوب حرب يستطيع الشخص العادى أن يتوقعها لا تكون بصدد إعمال تلك النظرية.

رابعاً: أن يترتب على هذا الحادث الغير متوقع أن يصبح الالتزام التعاقدى مرهقاً للمدين ولو لم يكن مستحيلاً، بحيث يهدد بخسارة فادحة.

---

(١٥٨) السنهورى - فقرة ٤١٥، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٤١١، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٥٥، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٢٦.

(١٥٩) حكم محكمة النقض فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤م، المجموعة ١٥ - ٦٧ - ٤٠٩.

١٣٦- الآثار المترتبة على الظروف الطارئة:

ويترتب على شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف الطارئة بعد الموازنة بين الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وبناء على ذلك، يجوز له أن ينقص من عبء الالتزام الذى أصبح مرهقاً، أو أن يزيد من الالتزام الذى يقابله، ويقتصر تعديل القاضى للالتزام المرهق على رده إلى الحد المعقول، كما أن له أن يأمر بوقف تنفيذ العقد بصفة مؤقتة حتى يزول أثر هذا الحادث الطارئ وأحكام الظروف الطارئة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على مخالفة الجزاء المترتب عليها والمتمثل فى سلطة القاضى فى التعديل[١٦٠].

---

[١٦٠] السنهورى - فقرة ٤٢١، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٩٧، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢١٨، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٥٧، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٥٩، د. سمير تناغو - فقرة ١٣٠.

الفصل الرابع

زوال العـــقد

١٣٧- إذا كان العقد من العقود القابلة للإبطـال فإنـه يظـل منتجـاً لآثاره حتى يقضى ببطلانه، فإذا تقرر هذا الإبطال زال بـأثر رجعى، وإذا كان العقد من العقود الصحيحة فإنـه يمكـن أن يتحقـق زوالـه عـن طريـق تنفيذ ما يترتب عليـه مـن التزامـات، فـإذا نفـذ العقـد فإنـه ينقضـى، وقـد يتحقق زوال العقد بانحلاله قبل البدء فى تنفيذه فى العقود الصحيحة، فإذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين، فإن انحلاله يكون بفسخه.

ويعتبر الفسخ أهم أسباب انحلال العقد، وهو عبارة عن حل الرابطـة التعاقدية بأثر رجعى، ويتم هذا فى العقود الملزمة للجانبين عندما يخل أحد الطرفـين بتنفيـذ التزامـه. فيجـوز للمتعـاقد الآخـر أن يطـالـب بالفسـخ، وللقاضى سلطة تقديرية فى هذا الشأن.

كما يحـق للمتعـاقد أيضـاً إذا لم يرغـب فـى فسـخ العقـد أن يوقـف تنفيذه من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، وهذا ما يعرف بـالدفع بعدم التنفيذ، ونبين هذين الموضوعين لأهميتهما العمليـة، وذلـك علـى أن نخصص لكل موضوع مبحثاً:

المبحث الأول

الفســـــــخ

١٣٨- الفسـخ حـق مقـرر لأحـد المتعـاقدين فـي العقـود الملزمـة للجانبين بمقتضاه يستطيع أن يطلب فض العقد تخلصاً من التزامه فى حالـة امتناع المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه.

وقد نصت المادة (١٥٧ مدنى مصرى) على أنه:"١- فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى. ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته".

وأساس الفسخ نابع من فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، إذ أن طبيعة تلك العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام الآخر[161].

ونبين شروط الفسخ، وكيفية تقريره وآثاره على أن نخصص لكل موضوع مطلباً:

المطلب الأول
شروط الفسخ

١٣٩- يجب أن تتوفر شروط معينة لإمكان المطالبة بالفسخ وهذه الشروط تتمثل فى أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه، وأن يكون المتعاقد الآخر الذى يطالب بالفسخ قد نفذ التزامه أو كان مستعداً لتنفيذه، وقادراً على اعادة الحال إلى ما كان عليه بعد الحكم بالفسخ، ونبين ذلك:

أولاً: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين:

لا يتقرر الفسخ الا فى العقود الملزمة للجانبين، لأنه يقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

---

(١٦١) السنهورى - ص ٦٩٦، د. عبد الرازق فرج - ص ٣٢٦ هامش (١).

كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالتحلل من التزامه، أما العقود الملزمة لجانب واحد، فإن الفسخ لا يتصور فيها لأن الدائن لا يلتزم فيها بشيئ، وإنما يكون له الحق في المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً، أو بمقابل عن طريق التعويض(١٦٢).

ثانياً: امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه:

ويشترط كذلك، أن يكون أحد المتعاقدين قد امتنع عن تنفيذ التزامه كله أو بعضه، أو أن يكون قد نفذه تنفيذاً معيباً، أو بعد فوات الوقت المحدد للتنفيذ، دون أن يكون ذلك الامتناع أو التأخير راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، لأنه إن كان الامتناع أو التأخير بسبب لا يد للمتعاقد الآخر فيه فإن العقد ينفسخ بقوة القانون(١٦٣).

ثالثاً: أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو يكون مستعداً لتنفيذه:

فإذا كان أحد المتعاقدين لم يقم بتنفيذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه فإنه يعتبر مقصراً، ولا يجوز له أن ينعى على المتعاقد الآخر ما وقع هو فيه من خطأ.

رابعاً: أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه:

ويشترط أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لأن للفسخ أثراً رجعياً يرد به كل متعاقد إلى حالته التي كان عليها قبل التعاقد، فإذا لم يكن في وسع المتعاقد تحقيق هذا الأثر فليس له أن يطالب بالفسخ، فلو تصرف المشتري في المبيع فإنه لا يجوز له

---

(١٦٢) السنهوري - فقرة ٤٦٧ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوي - فقرة ٣٨٥، د. أنور سلطان - فقرة ٣٥٦، د. سمير تناغو - فقرة ١٤٤، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٧٠، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٧٠.

(١٦٣) السنهوري - فقرة ٤٦٧، د. عبد المنعم البدراوي - فقرة ٣٨٥، د. سمير تناغو - فقرة ١٤٤، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٧٠، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٧١.

أن يطالب بالفسخ، وإنما يكون له أن يطالب بالتنفيذ العينى أو التعويض[164].

خامساً: أن يقوم طالب الفسخ باعذار المدين وفقاً لما تقضى به المادة (١/١٥٧ مدنى مصرى):

لأن الإعذار هو الذى يضع المدين موضع التقصير فلا يعتبر المدين متخلفاً عن تنفيذ التزامه الا بعد هذا الإعذار.

ويتم الإعذار بتكليف المدين بالوفاء فى صورة ثابتة بانذار على يد محضر أو بطريق البريد على النحو المبين فى قانون المرافعات، ويجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر[165].

المطلب الثاني
تقرير الفسخ

١٤٠- الأصل أن يكون الفسخ بحكم من القاضى، ومع ذلك يجوز أن يتفق المتعاقدان على وقوع الفسخ إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته، فيقع الفسخ بمقتضى هذا الاتفاق، وقد يقع الفسخ بقوة القانون.

أولاً: الفسخ القضائى:

إذا لم يكن هناك اتفاق على فسخ العقد، أو نص قانون، فإنه يتعين على الدائن إذا أراد فسخ العقد أن يرفع دعوى بطلب الفسخ، بعد أن يعذر مدينه مطالباً إياه بالتنفيذ[166].

---

(١٦٤) د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٢٧٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٧٩.

(١٦٥) مادة ٢١٩ مدنى مصرى.

(١٦٦) مادة ١/١٥٧ مدنى مصرى.

وللدائن الذى رفع دعوى الفسخ أن يعدل عنها قبل صدور الحكم بالفسخ إلى طلب التنفيذ العينى أو بمقابل عن طريق التعويض، وللمدين قبل أن يصدر الحكم النهائى فى الدعوى أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه، وللقاضى سلطة تقديرية بمقتضى المادة (١/١٥٧ مدنى مصرى) تخول له أن يحكم بالفسخ إذا ما توافرت شروطه وظل المدين متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى بالفسخ، كما أن له أن يرفض الحكم بالفسخ إذا كان المدين قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر ولم يبق الا جزء بسيط، وله أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا كان عدم التنفيذ مستنداً إلى عذر مقبول، وتقدير الظروف التى تستدعى منح المدين أجلاً يعتبر مسألة موضوعية تدخل فى سلطة القاضى التقديرية دون معقب عليها من محكمة النقض[١٦٧].

ثانياً: الفسخ الاتفاقى:

ويجوز أن يقع الاتفاق بين المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار الا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه[١٦٨].

ويلاحظ أن الفسخ الاتفاقى لا يحرم الدائن من أن يطلب التنفيذ بدلاً من الفسخ، أى يكون للدائن الاحتجاج بشرط الفسخ الاتفاقى وبين التمسك بتنفيذ العقد، حتى لا يكون مصير العقد فى بقائه أو زواله متوقفاً على محض ارادة المدين[١٦٩].

---

(١٦٧) حكم النقض المدنى فى ١٩٧٢/١٠/٢٦، المجموعة ٢٣ - ١٩٢ - ١٢٢٠.

(١٦٨) مادة ١٥٨ مدنى مصرى.

(١٦٩) د. اسماعيل غانم - فقرة ١٦١، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٧٧، د. سمير تناغو - فقرة ١٤٦.

ثالثاً: الفسخ بحكم القانون:

وقد ينفسخ العقد بقوة القانون دون صدور حكم قضائي به أو اتفاق عليه، ومثال ذلك ما قضت به المادة (١٥٩ مدنى) من أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وما قضت به المادة (٤٦١ مدنى) من أنه: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار وإن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

المطلب الثالث

آثار الفسـخ

١٤١- إذا تم فسخ العقد بحكم القضاء أو الاتفاق أو نص في القانون يكون لهذا الفسخ أثر رجعى، وينحل العقد لا من وقت الحكم بالفسخ أو من وقت عدم التنفيذ، بل من وقت ابرام العقد بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن، وقد نصت المادة (١٦٠ مدنى مصرى) على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

غير أنه في العقود الزمنية كالإيجار لا يكون للفسخ أثر رجعى، وإنما تزول آثار العقد منذ وقوع الفسخ، لأن هذا العقد يقترن تنفيذه بالزمن وما مضى من الزمن لا يعود، ومن ثم لا يتصور أن يقوم المستأجر برد ما عاد عليه من منفعة فيما مضى منه، نظير أن يقوم المؤجر برد الأجرة.

ويترتب على ذلك أن ما دفعه المستأجر قبل الفسخ يعتبر أجرة وليس تعويضاً ويكون له عليه امتياز المؤجر، وذلك بعكس ابطال عقد الإيجار حيث أن ما دفع يعتبر تعويضاً عن الانتفاع وليس أجرة(١٧٠)، وللفسخ آثار فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

أولاً: أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين:

إذا كان العقد الذى تم فسخه لم ينفذ المتعاقدان منه شيئاً، ففى هذه الحالة تسقط التزامات المتعاقدين ولا يلتزم أحد منهما بأى أداء أما إذا كان العقد قد تم تنفيذ جزء منه، وجب على كل متعاقد أن يرد إلى الآخر ما تلقاه من أداء إلى الطرف الآخر، فإذا كان الرد أصبح مستحيلاً حكم القاضى بالتعويض، فإذا كان المبيع قد هلك فى يد المشترى بخطأ منه حكم القاضى عليه بتعويض معادل لقيمة المبيع وقت هلاكه، ولطالب الفسخ أن يطلب تعويضاً تكميلياً عن الضرر الذى أصابه من الفسخ(١٧١)، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية لا العقدية، لأن العقد بعد أن تم فسخه لا يصلح أساساً للتعويض(١٧٢)، فإذا طلب الدائن التنفيذ جاز له أن يطلب التعويض على أساس المسئولية العقدية، إن كان له مقتضى(١٧٣).

ثانياً: أثر العقد بالنسبة للغير:

إذا تم فسخ العقد زال أثره بأثر رجعى فيما بين المتعاقدين، ويتأثر الغير بهذا الفسخ بالنسبة إلى الحق الذى تلقاه من أحد الطرفين على الشئ الذى ورد عليه العقد، فهذا الحق يزول تبعاً لفسخ العقد، فإذا كان العقد

---

(١٧٠) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٩٧، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٦٩، د. سمير تناغو - فقرة ١٤٥، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٨٠.

(١٧١) مادة (١٥٧/١) مدنى مصرى.

(١٧٢) السنهورى - فقرة ٤٧٨، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٧٧.

(١٧٣) عبد الرازق فرج - فقرة ٢٨١.

بيعاً وتصرف المشترى فى المبيع إلى آخر أو رتب عليه حقاً عينياً كحق رهن، أو حق ارتفاق، ثم فسخ عقد البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من كل حق للغير عليها.

ويشترط لذلك تسجيل دعوى الفسخ قبل اكتساب الحق على العين محل العقد المفسوخ، فإذا كان قد اكتسب حقه بعد تسجيل دعوى أو التأثير بها فإن حقه يزول بالفسخ سواء كان حسن النية أو سيئها[١٧٤].

أما إذا كان قد اكتسب حقه العينى قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأثير بها، فإنه يزول حقه إذا كان سيئ النية، ويبقى إذا كان حسن النية.

١٤٢- سقوط حق الفسخ:

ويسقط حق الفسخ - طبقاً للقواعد العامة - بنزول العاقد عنه صراحة أو ضمناً، مثل قيام البائع بالتنفيذ على المبيع لاستيفاء حقه فى الثمن أو موافقته على تصرف المشترى فى المبيع، وليس لدعوى الفسخ مدة تقادم خاصة بها، ومن ثم فإنها تتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ.

المبحث الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

١٤٣- الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لحمل المتعاقد على الوفاء بالتزامه الذى نشأ عن عقد من العقود الملزمة للجانبين دون الالتجاء إلى حل الرابطة التعاقدية بالفسخ، وقد نصت على هذا الدفع المادة (١٦١ مدنى مصرى) بقولها: "فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المقابلة

---

(١٧٤) السنهورى - فقرة ٤٧٩، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٦٩، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة - ٣٥٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٨٢.

مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". فالدفع بعدم التنفيذ امتناع مشروع عن الوفاء.

١٤٤- شروط الدفع بعدم التنفيذ:

يلزم لثبوت التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون العقد ملزماً للجانبين:

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن نكون بصدد عقد من العقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار، فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد كالهبة بدون عوض وأخل المدين بالتزامه، فلا يكون لهذا الدفع مجال[١٧٥].

ثانياً: أن يكون الالتزام المقابل الذى يحتج المتعاقد بعدم تنفيذه مستحق الأداء:

ففى حالة الاتفاق على تأجيل الثمن لا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع استناداً إلى أن المشترى لم يدفع الثمن.

ثالثاً: وجوب مراعاة حسن النية فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يجب على المتعاقد الذى يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الا يسئ استعمال هذا الدفع، لأن القاعدة العامة تقضى بوجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود (مادة ١/١٤٨ مدنى مصرى).

فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بهذا الدفع إذا كان هو المتسبب فى عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان الجزء الذى لم يتم تنفيذه من الالتزام جزءاً يسيراً بالنسبة إلى الالتزام فى جملته[١٧٦].

---

(١٧٥) د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٨٥، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٤٠٧.
(١٧٦) د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٨٥.

١٤٥- كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

والدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة دفاعية، فلا يتمسك المتعاقد به الا إذا طولب بما عليه، وفى هذه الحالة يسوغ له أن يدفع هذه المطالبة بعدم أداء ما عليه، وهو حق لكل من المتعاقدين فليس للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، ويتم تنفيذه بارادة الدائن المنفردة دون حاجة إلى قبول من الطرف الآخر أو حاجة إلى الإعذار لاستعماله، أو إلى القضاء لاستصدار حكم به.

وقد يتمسك بالدفع كل من الطرفين ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ، وفى هذه الحالة يمكن الالتجاء إلى اجراءات العرض الحقيقى أو الفعلى أو الإيداع، وبذلك يتم التنفيذ من الطرفين فى وقت واحد[١٧٧].

١٤٦- آثار الدفع بعدم التنفيذ:

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ آثار فيما بين المتعاقدين، وآثار بالنسبة للغير، وهذا ما ينبغى بيانه:

أولاً: آثار الدفع فيما بين المتعاقدين:

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ أثر أساسى يتمثل فى وقف تنفيذ الالتزام بالنسبة لمن يتمسك بالدفع، سواءاً كان التزامه بدفع مبلغ من النقود أم نقل ملكية عقار، أو القيام بعمل.

وإذا كان العقد من العقود الفورية كالبيع، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام، إلا إذا كان العقد من عقود المدة كالإيجار، فإن وقف تنفيذه يترتب عليه نقص فى مقدار الالتزام بقدر المدة التى وقف التنفيذ خلالها.

---

(١٧٧) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٤٠٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٨٦، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٣٨٧.

وإذا كان الالتزام الذى أوقف تنفيذه هو الالـتزام بتسليم شئ جاز للمتمسك بالدفع أن يمتنع عن تسليم الشئ حتى يستوفى حقه من المتعـاقد الآخر، وذلك كالبائع يقوم بتسليم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن[١٧٨].

وإذا هلك الشيئ أو تلف فى فترة الحبس لسبب أجنبى تحمل المـالك كالمشترى تبعة الهلاك (مادة ٤٦٠ مدنى).

والدفع بعدم التنفيذ لا يقبل التجزئة، إذا كان محل الألتزام هو اعطـاء شيئ، بمعنى أنه يحق للدائن أن يمتنع عن تنفيـذ التزامـه، طالما أن المديـن لم يقم بدوره بتنفيذ التزامه، ولا يجوز للدائن أن يتعسف فـى استعمال حقـه فى حبس الشيئ، إذا كان ما بقى من التزام المدين جزءاً يسيراً إلى الالـتزام فى جملته[١٧٩].

ثانيا: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير:

وينتج الدفع بعدم التنفيذ أثره فى مواجهة الغـير أيضـاً، ويـراد بالغير فى هذا الشأن كل من كسب حقاً على الشيئ المحبوس فـى تـاريخ لاحـق على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فللبائع أن يمتنع عن تسلم العـين المبيعـة ليس فقط بالنسبة للمشترى الذى لم يدفع الثمن، بـل وكذلـك للمشـترى الثانى من هذا المشترى، أو لأى شخص رتب له المشترى الأول حقاً عينياً على الشيئ بعد أن يتمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ[١٨٠].

---

(١٧٨) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٤٣٩، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٣٨٨، د. أنور سلطان – فقرة ٣٨٣، د. عبـد الرازق فـرج – فقـرة ٢٨٨، د. اسماعيل غـانم – فقـرة ١٦٢.

(١٧٩) د. أنور سلطان – فقرة ٣٨٣، د. عبد الرازق فرج – السابق.

(١٨٠) د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٤٨٨، د. سمير تناغو – فقـرة ١٥١، د. عبـد الرازق فرج – فقرة ٢٨٩.

١٤٧- انقضاء الدفع بعدم التنفيذ:

وينقضى الدفع بعدم التنفيذ إذا هلك الشيئ محل الالتزام، كما لو هلك المبيع تحت يد البائع وهو حابس له، فإن تبعة الهلاك تقع على المشترى، وكذلك لو خرج الشيئ من تحت يد المتمسك به بارادته، كما لو قام البائع بتسليم المبيع للمشترى، أو منحه أجلاً جديداً بعد حلول ميعاد الوفاء بالتزامه، أما إذا خرج الشيئ من تحت يده بدون ارادته فإن له أن يطالب باسترداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى يعلم فيه بخروجه من تحت يده، وقبل انقضاء سنة من هذا الخروج[١٨١].

---

(١٨١) مادة ٢٤٨ مدنى مصرى، وراجع: د. أنور سلطان - فقرة ٣٨٤، د. سمير تناغو - فقرة ١٥١.

الفصل الخامس

المسئولية العقديـــة

١٤٨- الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به اختياراً، فإذا لم يقم بتنفيذه على هذا النحو كان للدائن أن يجبره على التنفيذ - إذا كان ذلك ممكنا، وهو ما يعرف بالتنفيذ الجبرى المنصوص عليه في المادة (١٩٩ مدنى مصرى) بقولها: "ينفذ الالتزام جبراً على المدين"، وقد نصت المادة (١/٢٠٣ مدنى مصرى) على أنه: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكنا".

وإذا كان الاصل أن يقوم المدين بتنفيذ ما لاتزم به عيناً، فإنه إذا استحال التنفيذ العينى دون ان تكون الاستحالة راجعة إلى سبب اجنبى كالقوة القاهرة أو فعل الغير، أو كان التنفيذ العينى ممكناً، ولكن الدائن لم يطلبه، و لم يعرضه المدين، فإن المدين يعتبر، قد اخل بتنفيذ التزامه، ويكون للدائن ان يرجع عليه بالتعويض، وهذا ما يسمى بالتنفيذ الجبرى للالتزام بطريق التعويض، أو التنفيذ بمقابل".

ويلاحظ ان محل الالتزام التعاقدى هو قيام المدين بالوفاء بمبلغ من النقود، فإن التنفيذ يكون ممكناً دائماً، ولا محل لقيام المسئولية العقدية.

وقد نصت المادة (٢١٥ مدنى مصرى) على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وبناء على ذلك؛ فإن اخلال المدين بتنفيذ الالتزام التعاقدى يتحقق إذا لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام أو تأخر في تنفيذه أو كان عدم التنفيذ غير

راجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، وفي هذه الحالة يكـون للدائن الخيـار بين مطالبة المدين بتعويضه عما اصابه من ضرر لعدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه، وهو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض، أو المسئولية العقدية.

وتعتبر المسئولية العقدية جزاء إخلال المدين بتنفيذ التزامـه التعـاقدى، وهى تقابل المسئولية التقصيرية التى تعتبر جزاء العمل غير المشروع.

وللمسئولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية اركان ثلاثة هـى: الخطأ مع اختلاف طبيعته في كلا النوعين من المسئولية والضـرر وعلاقـة السـببية بين الخطأ والضرر، ونخصص لبيان كل منها مبحثاً:

المبحث الأول
الخطأ العقـــدى

١٤٩- المراد بالخطأ العقدى: اخلال المديـن بتنفيـذ التزامـه الناشـىء من العقد أو التأخير فيه، يستوى في ذلك ان يكون الاخلال بالتنفيذ كليـاً أو جزئياً، أو أن يقوم بـالتنفيذ مخالفـاً الشـروط المتفـق عليهـا، كـأن يقـوم بتسليم شيىء من صنف أقل جودة مما هـو متفـق عليـه، كمـا يسـتوى أن يكون عدم التنفيذ مرجعه إهمال المديـن أو تعمـده، أو كـان سـببه أجنبيـاً كالقوة القاهرة، غير انه في الحالة الأخيرة لا تقوم المسـئولية لانتفـاء علاقـة السببية بين الخطأ والضرر لا لعدم توافر ركن الخطأ(١٨٢).

وعدم التنفيذ المكون للخطأ في المسئولية العقدية يختلف بحسب نـوع الالتزام وما إذا كان التزاماً بتحقيق غاية أو التزاماً ببذل عناية:

---

(١٨٢) السنهورى – فقرة ٤٢٧، د. انور سلطان – فقرة ٣٣٠، د. سمير تناغو – فقـرة ١٣٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٢٠، د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢٩٣.

أولاً: الاخلال بالتزام بتحقيق غاية:

يعتبر المدين قد اخل بالتزامه التعاقدى، ومن ثم يتوافر الخطأ في جانبه إذا لم يقم بتحقيق النتيجة المقصودة، ولا يستطيع نفى المسئولية بإثبات أنه قد بذل ما في وسعه من الجهد لتحقيق التزامه، أو أنه لم يرتكب أهمالاً، وإنما يستطيع ان ينفى مسئوليته باثبات السبب الأجنبى كالقوة القاهرة، أو فعل المدين نفسه أو فعل الغير، وكذلك كالتزام الناقل بتوصيل البضاعة أو المسافرين إلى مكان محدد، وكالتزام المقاول ببناء منزل أو مدرسة طبقاً لمواصفات محددة.

ثانياً: الإخلال بالتزام ببذل عناية:

وفي حالة الاخلال بالتزام ببذل عناية أو بوسيلة، فإن اخلال المدين بالتزامه يتحقق إذا لم يقم ببذل جهد معين في تنفيذ التزامه، ولكنه غير مطالب بتحقيق النتيجة أو بلوغ غاية معينة، وذلك كالتزام الطبيب بعلاج مريض، فهو يلتزم ببذل عناية، لكنه لا يلتزم بتحقيق شفائه.

والعناية المطلوبة هى عناية الشخص العادي؛ غير أن هذا القدر قد يزيد أو ينقص بمقتضى نص في القانون أو بموجب اتفاق، وقد نصت المادة (٢١١ مدنى) على ذلك بقوله: "١- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك. ٢- وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

ويبدو من هذا النص؛ أن المدين في الالتزام ببذل عناية يلتزم بعناية الرجل العادي، وقد يزيد هذا القدر أو ينقص، طبقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى الاتفاق.

١٥٠- أنواع الخطأ العقدى:

والخطأ العقدى، قد يكون عمدياً، وقد يكون غير عمدى.

فالخطأ العمدى: ان يقصد المدين عدم تنفيذ التزامه اضراراً بـالدائن، ولا يجوز في الخطأ العمدى الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية.

وإما الخطأ غير العمدى؛ فهو الذى يبلغ قدراً من الجسامة يمكن معه وصفه بأنه خطأ جسيم، ويعتبر الخطأ جسيماً إذا كان لا يصـدر مـن أقـل الناس حيطة وتبصراً[١٨٣].

والخطأ الجسيم يساوى الغش؛ وقد نص القانون على أن هـذا النـوع من الخطـأ لا يجـوز الاتفـاق علـى اعفـاء المديـن مـن ايـة مسئولية تـترتب عليه[١٨٤].

١٥١- اثبات الخطأ العقدى:

ويقع الخطأ على الدائن عبء اثبـات وجـود الالـتزام، ويكـون علـى المدين أن يثبت التخلص منه، فعلى الدائن ان يثبت ان المدين لم يقم بتنفيذ التزامه، وعلى المدين أن يثبت انه قد قام بالتنفيذ، والا كان مرتكبـاً لخطأ عقدى، لا يقدر معه على نفى المسئولية عـن نفسـه إلا إذا اثبـت ان عـدم التنفيذ يرجع إلى سبب اجنبى لا يد له فيه، وهذا الاثبات يختلـف بحسـب نوع الالتزام.

ففي الالـتزام بتحقيـق نتيجـة كـالتزام النـاقل بتسـليم البضاعـة، فإنـه يكفى أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة المتفق عليها، بأثبات عدم وصـول

---

(١٨٣) د. عبد الرازق فرج – فقرة ٢٩٤.

(١٨٤) المادتان ٢/٢١٧، ٢/٢٢١ مدنى مصرى.

البضاعة، وهذا النوع من الالتزام يعتبر سهلاً في الغالب من الناحية العملية[185].

اما إذا كان الالتزام ببذل عناية، كالتزام الطبيب بعلاج مريض، فإن على الدائن ان يثبت ان الطبيب لم يبذل في قيامه بتنفيذ التزامه القدر الواجب من العناية المطلوبة، أو أنه لم يقم بتنفيذه في الاصل، وعلى المدين أن يثبت أنه قام بأداء العمل المطلوب منه، وأنه قد بذل في ذلك العناية المطلوبة[186].

١٥٢- الخطأ العقدى في المسئولية عن فعل الغير:

إذا عهد المدين إلى شخص من الغير بتنفيذ التزامه التعاقدي، وقام الغير بتنفيذ الالتزام لحساب المدين، ففي هذه الحالة يعتبر المدين مسئولاً عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ الالتزام لأن الغير هنا يعتبر تابعاً للمدين، وتكون مسئولية المدين هنا مسئولية شخصية، وذلك كالمستأجر فإنه يعتبر مسئولاً مسئولية شخصية عما يصيب العين المؤجرة بفعل الأشخاص الذين يقيمون معه لأنهم في حكم التابعين له[187].

فإذا كان هذا الغير اجنبياً لا تربطه بالمدين صلة، يعتبر فعله الذى ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام سبباً اجنبياً تنتفي به علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذى أصاب الدائن، ومن ثم لا تتحقق مسئولية المدين،

---

(١٨٥) السنهورى - فقرة ٤٢٩، نور سلطان - فقرة ٢٣٢، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٢٤، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٧٨، د. سمير تناغو - فقرة ١٣٤، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٩٦.

(١٨٦) السنهورى - فقرة ٤٢٩، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٢٤، د. أنور سلطان - فقرة ٢٣٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٩٦، د. سمير تناغو - فقرة ١٣٤.

(١٨٧) د. سمير تناغو - فقرة ١٣٤، د. عبد الرازق فرج - السابق، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٨١.

وذلك كما لو التزم شخص بالمحافظة على الوديعة ثم يقوم شخص أجنبي بسرقتها دون أن يكون هناك تقصير في الحفظ من جانب المودع لديه.

اما إذا كان هذا الغير مكلفاً بتنفيذ التزام المدين بمقتضى اتفاق بينهما، ففي هذه الحالة، تكون مسئولية المدين عقدية عن فعل الغير الذى ادى إلى عدم تنفيذ الالتزام، وذلك كالمقاول حين تعهد بالعمل إلى مقاول من الباطن أو إلى عمال، وقد يكون مرجع التكليف هو القانون، كما هو الشأن بالنسبة لعديم الأهلية وناقصها، حيث يسأل كل منهما عن خطأ الولى أو الوصى أو القيم في تنفيذ العقود التى ابرمت لحسابه.

١٥٣- شروط المسئولية العقدية عن فعل الغير:

ويشترط لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير ان تتوافر شروط ثلاثة، هى:

أولاً: ان يوجد عقد صحيح بين المدين وهذا الشخص المسئول والمضرور، فإذا وجد العقد بين المسئول والغير الذى تسبب في إحداث الضرر كما هو الشأن بالنسبة لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، فإن المسئولية تكون تقصيرية وليست عقدية.

ثانياً: أن يكون الغير مكلفاً بمقتضى الاتفاق بتنفيذ الالتزام، فإذا لم يكن مكلفاً بذلك فإن الفعل الذى يترتب عليه الاخلال بالالتزام قد يترتب عليه مسئولية المدين، وتكون هذه المسئولية مسئولية شخصية.

ثالثاً: وأن يكون الغير قد ارتكب خطأ عقدياً في تنفيذ الالتزام[١٨٨].

---

(١٨٨) السنهورى - فقرة ٤٢٢، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٢٨٢، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٢٩٨، د. انور سلطان - فقرة ٣٣٤.

١٥٤- الخطأ العقدى في المسئولية عن الأشياء:

إذا كان سبب الضرر شيئاً من الاشياء كما لو تصادم قطار مع سيارة وأصيب احد الركاب نتيجة لذلك، ففي هذه الحالة يعتبر امين النقل مسئولاً مسئولية عقدية لوجود عقد بينه وبين الراكب، ويكون اساس هذه المسئولية هو فعل الشيىء، وليس فعل امين النقل الشخصي.

ولما كانت نصوص القانون خلوا من قواعد خاصة بمسئولية المدين العقدية عن فعل الشيىء الذى في حراسته، الا أن وجود الشيىء في حراسة المدين يجعله مسئولاً عن فعل هذا الشيىء مسئولية شخصية؛ ومن ثم فإن المسئولية العقدية عن الاشياء تعتبر كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية، وتقوم على خطأ شخصى[١٨٩].

المبحث الثاني

الضـــــرر

١٥٥- يعتبر الضرر ركناً من اركان المسئولية المدنية بنوعيها عقدية كانت أم تقصيرية، فلا يكفى وقوع الخطأ لتحقيق المسئولية، وإنما لا بد أن يترتب عليه ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام.

وقد نص المشروع على ضرورة توافر ركن الخطأ بالنسبة للمسئولية التقصيرية، فنص في المادة (١٦٣ مدنى) على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

ولم يرد مثل هذا النص بالنسبة للمسئولية العقدية، بالرغم من أن الضرر يعتبر ركناً فيها، ومع ذلك فإن ركن الضرر في المسئولية العقدية

(١٨٩) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٣٢٦، د. انور سلطان - فقرة ٣٣٦.

يستفاد من بعض النصوص، وذلك على نحو ما قررته المادة (٢٢١ مدنى مصرى) بقولها: "١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، وقد دل هذا النص على انه يشترط لقيام المسئولية العقدية ضرورة وجود الضرر.

١٥٦- نوعا الضرر: الضرر المادى والضرر الأدبي:

والضرر الناشىء عن الاخلال بتنفيذ العقد نوعان، ضرر مادى وضرر أدبى.

أما الضرر المادي: فهو الذى يصيب الشخص في ماله أو الذى يلحق ذمة الإنسان المالية، وذلك كالضرر الذى يصيب صاحب البضاعة في عقد النقل إذا لم تصل إلى صاحبها بسبب سرقتها أو احتراقها، أو ضياعها، وكذلك الضرر الذى يصيب المودع أو المعير بسبب عدم رد الوديعة أو الشيىء المعار.

واما الضرر الأدبي: فهو ما يصيب الشخص في شعوره أو شرفه أو عاطفته أو الذى يلحق بذمة الشخص المعنوية، وهو أنواع، فمنه ما يمس الكيان الاحتماعى للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً للإنسان كاسمه أو خصوصيات حياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف،

كالالم الذى ينتاب الشخص لوفاة أحد احبابه، ومنه ما يصيب الجسم بالتشوية أو الألم[١٩٠]".

وقد كان التعويض عن الضرر الأدبى فيما يتعلق بالمسئولية عموماً محل خلاف إلا أن القضاء والفقه في كل من فرنسا ومصر، قد استقر على ان الضرر الأدبي يستأهل التعويض، وقد اكد المشرع ذلك في المادة (١/٢٢٢ مدنى) على انه: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز ان ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء.. ومع ذلك؛ لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب الا للازواج والاقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

١٥٧- الشروط الواجب توافرها في الضرر:

ويشترط لقيام مسئولية المدين أن يكون الضرر مباشراً، أو متوقعاً ويستوى في هذا الشأن أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً حالاً أو مستقبلاً، مادام أنه محقق وغير احتمالى، ونبين ذلك:

أولاً: أن يكون الضرر محقق الوقوع:

يشترط ان يكون الضرر الذى يطالب الدائن بالتعويض عنه، قد وقع فعلاً، أو يكون ضررا حالاً، سواء كان ذلك الضرر مادياً أو أدبياً.

فإذا كان الضرر مستقبلاً، فقد يكون محقق الوقوع، وقد يكون محتملاً، فإذا كان محقق الوقوع وجب التعويض عنه، إذا كان من الممكن التعويض عنه حالاً، وذلك كما لو تعاقد صاحب مصنع على استيراد

---

(١٩٠) راجع: كتابنا: الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة مقارنة - ص ١٦ وما بعدها - دار النهضة العربية ١٩٩٠م والمراجع المشار إليها فيه.

خامات يحتاج إليها، بعد نفاذ المخزون منها لديه، فإذا لم ينفذ المدين التزامه، كان لصاحب المصنع ان يرجع عليه بتعويض ما سيصيبه من ضرر مستقبل لأنه محقق الوقوع[191].

وإذا كان الضرر محتمل الوقوع في المستقبل فإنه لا يستأهل التعويض حالاً، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق، ويلاحظ ان تفويت الفرصة يعتبر ضرراً حالاً ويستحق التعويض، فإذا تأخر محام عن رفع استئناف لحكم في موعده القانوني مما اضاع على موكله فرصة كسب القضية، فإن ذلك يمثل ضرراً حالاً.

ثانياً: ان يكون الضرر مباشراً:

والضرر المباشر هو الذى يمثل نتيجة طبيعية للاخلال بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول[192].

واما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المدين بالتعويض عنه، لأنه لا يربطه بخطأ المدين رابطة السببية، وإنما سببه الحقيقى هو خطأ الدائن الذى كان في استطاعته أن يتوقاه ببذل جهد معقول لكنه لم يبذله، ومثال ذلك ما إذا بيعت بقرة مريضة اختلطت بمواشى المشترى، واتصلت بها العدوى فنفقت عن آخرها وترتب على ذلك عجز المشترى عن زراعة أرضه أو القيام بالوفاء بديونه فحجز الدائنون على ماله وباعوه بثمن بخس، فإنه لا يمكن القول بمسئولية البائع عن تلك النتائج كلها، وإنما يسأل فقط عن الضرر المباشر الناتج عن اخلاله بالالتزام وهو نفوق المواشى[193].

---

(191) السنهورى - فقرة ٤٤٦.

(192) مادة ١/٢٢١ مدنى مصرى.

(193) د. عبد الرازق فرج - فقرة ٣٠٣.

ثالثاً: ان يكون الضرر متوقعاً وقت العقد:

يشترط لمسئولية المدين في المسئولية العقدية ان يكون الضرر مباشراً أو متوقعاً، إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فإنه يسأل عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أم غير متوقع(١٩٤).

ومؤدى ذلك ان الضرر الذى يسأل عنه المدين في المسئولية العقدية هو الضرر المتوقع في سببه وفي مقداره وقت التعاقد، والعبرة في ذلك بتوقع الشخص العادى للضرر إذا ما وجد في مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين، فالمعيار موضوعى، وليس شخصياً أو ذاتياً، فلو تعهدت هيئة البريد بنقل طرود بريدية وكان بها أشياء ثمينة أو أشياء ذات قيمة كبيرة، فلا تلتزم المصلحة في هذه الحالة إلا بالقيمة المألوفة كطرد عادى؛ أما الاشياء الثمينة فانها لا يتوقع وجودها في الطرود عند التعاقد.

المبحث الثالث
علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٥٨- يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب في الضرر، أى يجب ان تقوم علاقة سببية بينهما بحيث يكون الضرر مسبباً عن الخطأ، ويقع على الدائن عبء اثبات رابطة السببية، فإذا اقام الدائن الدليل على الخطأ والضرر، ففي هذه الحالة ينتقل عبء الاثبات إلى المدين بنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر. فإذا استطاع ذلك فإنه لا يسأل عن تعويض

(١٩٤) مادة ٢/٢٢١ مدنى مصرى - حيث تقضي بأنه: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، وراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية - حـ ٢ - ص ٥٦٥.

هذا الضرر ويستطيع المدين أن ينفى علاقة السببية باثبات أن الضرر راجع إلى سبب أجنبى لا يد لـه فيه كقوة قاهرة أو خطأ الدائن أو الغير، أو لكون السبب غير منتج أو غير مباشر.

١٥٩- تعديل أحكام المسئولية العقدية:

تعتبر قواعد المسئولية العقدية من القواعد المكملة وليست الآمرة، وعلى هذا فإنه يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على خلاف هذه القواعد، لكن في حدود القانون وفي إطار النظام العام[١٩٥]، ولهذا فإن المتعاقدين يملكان تعديل أحكام المسئولية العقدية بالاتفاق، وذلك اما بتشديدها او تخفيضها، او الاعفاء منها، وبهذا تختلف المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية.

أولاً: الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية:

يجوز في نطاق المسئولية العقدية الاتفاق على تشديد مسئولية المدين، كأن يتفق على تحمله لتبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائى[١٩٦]، مع أن الأصل انها تعفى المدين من المسئولية، وكأن يتفق على جعل الالتزام ببذل عناية، بأن يكلف بأزيد من عناية الرجل المعتاد، أو بأن يبذل عناية الشخص الحريص.

ثانياً: الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الاعفاء منها:

كما يجوز الاتفاق على تخفيف مسئولية المدين، كالاتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق بمبلغ معين، لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر منه، حتى ولو تجاوزته قيمة الضرر، وكذلك يجوز الاتفاق على أن يكون

---

(١٩٥) السنهورى - فقرة ٤٣٨، د. عبد الرازق فرج - فقرة ٣٠٥.

(١٩٦) مادة ١/٢١٧ مدنى مصرى.

الالتزام ببذل عناية التزاماً بتحقيق نتيجة، أو أن يتفق على تخفيف درجة العناية المطلوبة من المدين[197].

وإذا كان من الجائز الاتفاق على تخفيف المسئولية على هذا النحو، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من مسئوليته عن فعله العمد أو خطئه الجسيم[198]، حيث يجعل ذلك التزام المدين معلقاً على شرط ارادى محض، وهذا ما لا يتفق مع طبيعة العقد.

كما يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية الناشئة عن الخطأ الجسيم أو العمد الذى يقع من تابعيه، فإذا كان المتعاقد يسأل عقدياً عن خطأ تابعه، كما هو الحال بالنسبة للمؤجر حيث يسأل أمام المستأجر عن خطأ البواب، ويترتب على شرط الاعفاء من المسئولية العقدية أن ينتقل عبء الاثبات من المدين إلى الدائن.

---

(197) مادة ١/٢١٧، ٢ مدنى مصرى، وراجع: السنهورى - فقرة ٤٤٠، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٣٣. د. عبد الرازق فرج - فقرة ٤٠٧، د. سمير تناغو - فقرة ١٣٦.

(198) مادة ١/٢١٧، ٢ مدنى مصرى السابق الاشارة إليها.

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

الفصل الأول

مضمون التصرف بالإرادة المنفردة وحالات الالتزام بها

١٦٠- استقر توجه الفقه التقليدي في الدول ذات الاتجاه القانوني اللاتيني على أنه لا بد لنشوء الالتزام الإرادي من توافق إدارتين لإبرام العقد ، وذلك مع التسليم بأن الإرادة المنفردة يمكن أن تنشأ عنها آثار قانونية مختلفة ، كما هو الشأن في إرادة الموصي ، إذ تنشئ حقاً للموصى له دون حاجة إلى قوله ، وكما هو الأمر في تنازل الدائن المرتهن عن الرهن وشطبه أو محوه بإرادته المنفردة ، وإرادة العاقد الذي تقرر إبطال العقد لمصلحته في النزول عن التمسك بحقه في إبطال العقد ، وهو ما يسمى بالإجازة ، وإرادة المالك الحقيقي التي يقر بها البيع الصادر في ملكه من غيره ، وإرادة رب العمل التي يقر بها عمل الفضولي [1] ، ولم يكن الفقه التقليدي يستثني من ذلك سوى أثر واحد ، لم تكن الإرادة المنفردة تقوى على إيجاده وهو إنشاء الالتزام ، لأن وجود الالتزام بالمعنى القانوني ، يقتضي وجوب تنفيذه ، ومساءلة الملتزم عند إخلاله ، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الملتزم لا يملك التحلل من التزامه بالعدول عنه ، وهو لن يكون كذلك ، إلا إذا قيدته إرادة أخرى غير إرادته تختلف في العقد مع مصالحه ، وبناء على ذلك فإنه إذا تم الاتفاق بين إرادتين على إنشاء الالتزام فإنه لم يملك الرجوع بعد ذلك الاتفاق ومن ثم ينشأ الالتزام محصناً من الزوال [2]

---

(١) الوسيط للسنهوري – جـ١ ، المجلد الأول ، فقرة ٩٠٦ – طبعة ١٩٨١م د. سليمان مرقس – الوافي –(٢) نظرية العقد والإدارة المنفردة ص٦٨٤ طبعة ١٩٨٧م .

(٢) د. السنهوري – المرجع نفسه ، د. سليمان مرقس – المرجع نفسه – ص٦٨٥ د. أنور سلطان – النظرية العامة للالتزام – ص٢٨٠ طبعة ١٩٨٣م د. عبد المنعم فرج الصده – مصادر الالتزام ص٤١٦ طبعة ١٩٨٤م ، د. عبد المنعم البدراوي – مصادر الالتزام ص٥٢٦ ، د. محمد لبيب شنب – فقرة ٣٧٣ ، د. حسام الدين الأهواني – مصادر الالتزام –جـ١ –ص٤٧٠ ، وما بعدها – طبعة ١٩٩٥م .

المبحث الأول

مضمون نظرية الإرادة المنفردة وأسانيدها

١٦١ – ظهرت نظرية الإرادة المنفردة أول الأمر في الفقه الألماني ، وذلك استنادا إلى التوجه العام لهذا الفقه ، وهو الذي يركز على الجانب الموضوعي في الالتزام تأثرا بما اقتبسه من الفقه الإسلامي ، ثم انتصر لها بعض الفقهاء الفرنسيين في مقدمتهم (ورمس) ، في رسالته من باريس عن الإرادة المنفردة عام ١٨٩١م ومؤدي فكرته في تلك الرسالة : أنه لا ينبغي الحجر على الإرادة المنفردة فيما يتعلق بإنشاء الالتزامات ، بل يجب التسليم لها بالقدرة على إنتاج هذا الأثر كما هي قادرة على إنشاء غيره من الآثار [1] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقيه الفرنسي (ورمس) لم يكن هو أول من انتصر لتلك النظرية ، لأن الفقيه النمساوي (سيجل Siegel) كان قد قرر في عام ١٨٧٤م ، الأخذ بتلك النظرية كمصدر للالتزام بجانب العقد ، ولاقت دعوته قبولا لدى واضعي القانون الألماني عام ١٩٠٠م ، فقرروا للإرادة المنفردة مكانا بجانب العقد ، وإن لم يأخذوا بها كمصدر عام للالتزام (مادة ٣٠٥ ألماني) ، غير أنه قد ترتب على اعتناق الفقه الألماني لنظرية (سيجل Siegel) ذيوع هذه النظرية في فرنسا وغيرها من الدول ، كذلك أخذت بها بعض التقنينات الحديثة في سويسرا ، وبولونيا ، وإيطاليا ، والقانون المدني المصري الحالي ، غير أن هذه التقنينات سارت على منوال التقنين الألماني في الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام الإرادي لا كمصدر عام له كما هو الشأن بالنسبة إلى العقد [2] .

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع نفسه .

(٢) د. أنور سلطان – ص ٣٧٩

وقد استند أنصار هذه النظرية إلى إعتبارات عملية وإلى حجج منطقية:

(١) فمن الناحية العملية :

نجد أن هذه النظرية تتسع لضروب من التعامل تضيق بها النظرية التقليدية بالرغم من مساس الحاجة إليها ، أو هي على الأقل تنجح في تفسير كثير من الأوضاع القانونية التي تستلزمها الحياة العملية ، ولا تنجح النظرية التقليدية في تفسيرها ، كالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، أي غير الموجه إلى شخص معين ، والالتزام بالسند لحامله في حالة فقدانه من صاحبه ، والتزام المتعهد في الإشتراط لمصلحة الغير ، والتزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينه ، ففي هذه الحالات وأمثالها ، لا تستطيع النظرية التقليدية إقرار الالتزام ، بل تعجز عن تبريره ، ولكن المصلحة تقتضي إقراره ، ونظرية الإرادة المنفردة تسمح بذلك ، حيث تستطيع أن تقرر أن الواعد بالجائزة يلتزم بإرادته المنفردة ، حتى في الحالة التي يكون فيها من قام بالعمل الذي خصصت له الجائزة قد قام به من غير علم بالوعد بالجائزة ، كذلك في التزام مصدر السند لحامله ، إذا فقد منه قبل أن يسلمه لأحد ، وهكذا الأمر في غير ذلك من الأمثلة التي ينشأ الالتزام فيها بالإرادة المنفردة [١] .

(٢) ومن ناحية المنطق القانوني :

نجد أنه ليس فيه ما يمنع من الأخذ بها بل إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة لا يكون كاملاً ، إلا إذا اعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام ، أما تقييدها في ذلك بضرورة توافقها مع إرادة أخرى ، فليس سوى بقية من آثار القيود العديدة التي كانت تفرض في الماضي على مبدأ سلطان الإرادة ، وذلك ما ينبغي التخلص منه [٢] .

---

(١) في هذا المعنى : د/ سليمان مرقس — ص ٦٨٦

(٢) المرجع نفسه

بل إن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تنشأ في حقيقة الأمر من توافق إرادتين ، بل تنشأ التزامات كل واحد من المتعاقدين فيه من إرادته المنفردة ، وليس مجموع الالتزامات التي تترتب على العقد في ذمة طرفية إلا حاصل الجمع بين الالتزامات التي تترتب على الإرادة المنفردة لكل من الطرفين على حده [1] .

١٦٢ - أسانيد نظرية الإرادة المنفردة :

اعترض أنصار النظرية التقليدية على ذلك بأن ما يتقرر للإرادة المنفردة من قدرة على إنشاء الالتزام يستتبع القول بأنه إذا كان المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فإنه يجب أن يسمح له أيضاً بالتحلل من التزامه هذا بنفس الإرادة التي أنشأته . فيصبح الالتزام معلقاً على محض إرادة المدين ، وهذا غير جائز طبقاً للقواعد العامة في القانون [2] ، وبالتالي فإن الالتزام المزعوم الذي يترتب على الإرادة المنفردة لا يكون التزاماً بمعنى الكلمة ، لأنه لا يعدو أن يكون التزاماً إرادياً بحتاً ، وحيث أنه بهذا الوصف يكون باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر [3] .

ثم إنه إذا كان المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فكيف يصبح الدائن دائناً دون إرادته ، فإذا قيل بأن المدين يلتزم لغير دائن ، فإن الالتزام يفقد معناه وقيمته ، وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن ، فإننا نكون قد تجاوزنا مرحلة الإرادة المنفردة إلى مرحلة التعاقد التي تنشأ بتوافق الإرادتين [4] .

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٧٠ ، د. عبد المنعم البدراوي – ص٥٢٦ ، د. محمد لبيب شنب – فقرة ٢٧٢ .

(٣) د. سليمان مرقس – المرجع نفسه – ص٦٨٧ .

(٤) د. السنهوري – فقرة ٩٠٦ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٧١ .

١٧- كذلك فإن الأوضاع القانونية المشار إليها ، والتي تستلزمها الحياة العملية ، يمكن إقرارها أو تفسيرها كلها أو أكثرها على الأقل دون حاجة إلى تلك النظرية .

(أ) ففيما يتعلق بالإيجاب الملزم ، يمكن الأخذ بها بناء على وجود عقد أولي ينعقد بمجرد وجود الإيجاب مقترناً بتحديد ميعاد يتقيد الموجب فيه بالبقاء على إيجابه ، إذ يفترض في الموجه له قبوله ، تقييد الموجب بهذا الميعاد [1] ، فإذا سحب الموجب إيجابه قبل الميعاد ، كان مخلاً بالتزامه الناشئ عن ذلك العقد الأولي . إخلالاً يوجب إلزامه بتعويض الضرر الذي ترتب عليه .

والإشتراط لمصلحة ، الغير لا يحتاج في تبريره أو تفسيره إلي الإلتجاء إلي نظرية الإرادة المنفردة ، لأن التزام المتعهد نحو المنتفع لا ينشأ إلا من اتفاق بين المتعهد والمشترط ، فهو وليد عقد تام ، لا يصدق عليه إسناد نشوئه إلى إرادة منفردة ، وإذا كان فيه خروج على القواعد العامة ، فهو ليس خروجاً على حكم القاعدة التي تقتضي توافق الإرادتين ، بل خروج على مبدأ نسبية اثر العقد [2] .

وكذلك التزام مصدر السند لحامله ، فهو لا ينشأ من الإرادة المنفردة ، لأنه لا يخضع للقواعد التي تحكم الالتزام الإرادي ، حيث جعله القانون التزاماً مجرداً ، أي أنه التزام يقوم بصرف النظر عن سببه ، ولا تؤثر في قيامه أسباب البطلان التي تحول دون قيام الالتزام الإرادي ، فلا يصدق عليه القول بأنه التزام إرادي يقوم بإرادة واحدة ، دون حاجة إلى توافق الإرادتين ، بل الحقيقة في شأنه أنه التزام قانوني يرتبه القانون على واقعة إصدار السند فحسب ، بصرف النظر عن توافر شروط الإرادة أو عدم توافرها [3] .

---

(١) د. سليمان مرقس – ص٦٨٨ .

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع نفسه .

(٣) د. سليمان مرقس – المرجع نفسه .

١٦٤ - أما الوعد بجائزة ، فإنه يمكن في أكثر حالاته رد الالتزام المترتب عليه إلى توافق الإرادتين ، وذلك في كل حالة يكون فيها من قام بالعمل الذي تقررت له الجائزة ، قد علم بذلك الوعد ، حيث يمكن أن يفترض فيه أنه قد قبل الوعد ، وانعقد بقبوله هذا عقد بينه وبين الواعد ، ولا تعجز النظرية التقليدية عن إقرار هذا الالتزام إلا في الحالة التي يكون فيها من قام بالعمل المجاز قد فعل ذلك دون علم منه بالوعد بالجائزة ، حيث يمتنع افتراض قبوله هذا الوعد ، ويتعذر القول بالتزام الواعد نحوه ، إذا أراد هذا أن يتحلل من وعده ، قبل أن يقدم إليه العمل المجاز ، وتلك هي الحالة الوحيدة التي يبدو أن الإجماع منعقد فيها على أنه لا يمكن الزام الواعد بالجائزة إلا بالأخذ بالإدارة المنفردة [١] .

ورغم أن تلك الإعتراضات في مجملها اعتراضات نظرية بحتة ، لم تكن لتقلل من الأهمية العملية للإرادة المنفردة ، إلا أنه لا خلاف في أنها قد حملت المشرعين إلي التنسيق من نطاقها وإحتساب تقريرها كمصدر عام للالتزام [٢] .

١٦٥ - وفي مصر كان المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري ، ينص على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزامات ، وكان المقصود من هذا النص رفع الإرادة المنفردة إلي مرتبة المصدر العام للالتزام كالعقد ، والفعل الضار والفعل النافع ، ولذلك وضع هذا النص في فصل قائم بذاته في الباب الخاص بمصادر الالتزام يلي مباشرة الفصل الأول المخصص للعقد ، غير أن لجنة المراجعة عند نظر نص (المادة ٢٨٨) من المشروع ، رأت أنه يتضمن مبدأ عاماً جديداً لا داعي له ، فقررت حذفه عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً [٣]

---

(١) المرجع نفسه . د/ أنور سلطان – ص ٢٨١ ، وما بعدها .

(٢) د/ أنور سلطان – المرجع نفسه .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – حاشية ص ٣٢٩ .

وبذلك عدل عن جعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، واكتفي بالنص الخاص بالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وهو نص المادة (١٦٢ مدني) ، الذي يعتبر هو المصدر المباشر لالتزام الواعد بالجائزة إذا توافرت الشروط المنصوص عليها فيه ، وبخاصة إتجاه إرادة الواعد إلى تخصيص جائزة لمن يقوم بعمل معين ، وإعلان هذه الإرادة إلى الجمهور ، وبقي هذا النص بالرغم من حذف النص الأصلي الذي كان يعتبر تطبيقاً تشريعياً له ، وبالرغم من تغير صفته ، وصيرورته حكماً استثنائياً ، بقي تحيل وحده الفصل الثاني من باب المصادر تحت عنوان الإرادة المنفردة ، وذلك بالإضافة إلى بعض نصوص متفرقة وردت في التقنين الحالي في مواضع مختلفة تجعل للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الإلتزام في حالات معينة [(١)] .

المبحث الثاني

حالات الإلتزام بالإرادة المنفردة

١٦٦ – نص القانون المدني المصري على حالات يكون مصدر التزام المدين فيها هو الإرادة المنفردة ، وهذه الحالات تتمثل فيما يلي :

(١) حالة الإيجاب الملزم ، وقد نصت عليها المادة (٩٣) من التقنين المدني بقولها :

(أ) إذا عين ميعاد القبول ، التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

(ب) وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " ، وقد سبق بيان ذلك عند بيان المراحل التي يتم فيها إنعقاد العقد .

(٢) حالة المؤسسة الخاصة ، وهي شخص اعتباري ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة المؤسس أو المنشئ المنفردة ، طبقاً لأحكام المادتين (٦٩ ، ٧٠) من التقنين المدني الملغي ، وقد تم النص على هاتين المادتين في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وإنشاء المؤسسة يتم بسند رسمي أو بوصية ، والسند الرسمي تصرف بإرادة منفردة حال حياة المؤسس ، والوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت ، فالإرادة المنفردة أنشأت المؤسسة وهي شخص اعتباري ، كما أنشأت التزاماً على عاتق المؤسس أو ورثته بنقل ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها .

---

(١) د. السنهوري – جـ١ – المجلد الثاني – فقرة ٩٠٨ ، د/ سليمان مرقس – ص ٦٦٣ .

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً ، وقد نظمته (المادة ١٠٦٦) ، من التقنين المدني المصري بقولها : " يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوّم به العقار ، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة " .

ويتضح من هذا النص ، أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة ، أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوّم به العقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير العقار بتوجيه إعلان إلى الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار المرهون ، والنافذة في حقه على النحو الوارد (بالمادة ١٠٦٥) مدني .

(٤) الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، وقد ورد النص على هذا الالتزام في (المادة ١٦٢) من التقنين المدني تحت عنوان (**الإرادة المنفردة**) ولهذا فإنه ينبغي إلقاء الضوء عليه بشيء من التفصيل الذي يلائمه كتطبيق لتلك النظرية .

المبحث الثالث

أحكام التصرف بالإرادة المنفردة

١٦٧ – إذا كان من المتفق عليه أن الإرادة المنفردة – ورغم ما وجه إليها من اعتراضات– تنشئ التزامات في الحالات التي نص عليها القانون ، فإنه يثور التساؤل عن الأحكام التي تسري على هذا التصرف الإنفرادي من حيث تكوينه ، وإثباته وآثاره ، ونظراً لتعدد حالات هذا التصرف مع تباينها الواضح ، فإنها لا يحكمها قواعد موحدة ، لكن هذا لا يمنع من محاولة الفقه استخلاص تلك الأحكام العامة من خلال تلك التطبيقات المختلفة للفكرة [1] ، وذلك كما يلي :

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني – ص٤ .

أولاً : التصرف الإنفرادي تصرف إرادي :

لا جدال في أن التصرف الإنفرادي ، تصرف قانوني يقوم على الإرادة ، ولهذا فإنه يخضع من حيث الأصل ، للأحكام العامة لتكوين التصرفات القانونية التي تسري على العقود ، وعلى الإرادة المنفردة ، حيث لا يوجد اختلاف بينهما من حيث الأهلية ، ولا محل فيها للتخفيف لأنها تقوم بانشاء الالتزام وترتب آثاره على عاتق من أصدر التعبير الإنفرادي، وهي تتحمل أعباءه أو تؤدي إلي نزوله عن حقوقه كما في الإجازة ، وذلك ما لم يوجد نص مخالف ، مثل ما درج عليه المشرع من تخفيف الأهلية اللازمة للإيصاء [1] .

ويظل التصرف إنفرادياً بالرغم من تعدد الأشخاص الذين صدر عنهم التعبير عن الإرادة ، فإذا فقد شيء يملكه عدة أشخاص على الشيوع ، وأعلن كل منهم الوعد بجائزة لمن يجده ، فإن التصرف يظل انفرادياً ، ولا يغيّر من تلك الطبيعة وحدة المصالح ، أو وحدة الهدف الذي يسعى له كل منهم منفرداً ، فالتصرف الإنفرادي هو الذي يتكون بإرادة المدين وحده .

١٦٨- والتعبير عن الإرادة المنفردة غالباً ما يكون صريحاً ، لأنه يصعب تصور التعبير الضمني عن ترتيب التزام بالإرادة المنفردة ، وهذا التعبير قد يكون واجب العلم به ممن وجه إليه كي ينتج أثره،وذلك مثل الإيجاب الذي لا يوجد قانوناً إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، وقد يكون التعبير منتجاً لأثره دون حاجة لاتصاله بعلم آخر ، وذلك مثل الوعد بجائزة ، وفقاً لما نصت عليه (المادة ٢/١٦٢) مدني ، حيث ينتج أثره بمجرد القيام بالعمل حتى لو لم يعلم من قام بالعمل بالوعد ، و كالنزول عن الحق ويلاحظ أنه في مجال التصرف الإنفرادي تكون الغلبة لفكرة الإرادة الظاهرة أو المعلنة ، لأن لتلك النظرية ارتباطاً كبيراً بالفكرة الموضوعية للالتزام [3]

---

(1) د. حسام الدين الأهواني – المرجع نفسه – ص ٤٧٥

(2) المرجع نفسه .

(3) المرجع نفسه – ص ٤٧٦

١٦٩ - ثانياً : يجب أن تكون الإرادة سليمة :

ويجب أن يكون التصرف بالإرادة المنفردة صادراً عن إرادة صحيحة ، وخالية من عيوب الرضا ، وعليه يجب أن تكون الإرادة خالية من الغلط ، وفي هذا المجال ، فإن فكرة الغلط تتمتع بطابع نفسي ، أي لا تتأثر بالاعتبارات المتصلة بمصالح الطرف الآخر ، فلا يوجد إلا طرف واحد هو المتصرف بالإرادة المنفردة ، وعلى هذا فإنه لا محل لاشتراط علم من وجه إليه التعبير أو إمكان علمه بالغلط [١] .

وفي نظرنا ، فإن هذا الكلام غير مسلم به ، إذ يمكن أن يكون من وجه إليه التعبير على علم بالغلط ، وذلك كما لو كان سيئ النية ويعلم بمكان إختفاء الشيء المجاز ممن وعد بالجائزة على رده ، وفي هذه الحالة يكون إتصال علمه بالغلط أمراً وارداً ومؤثراً على صحة إرادة المتصرف بالإرادة المنفردة .

وفي مجال التدليس ، فإنه لا يعتد به في نطاق العقد إلا إذا صدر من المتعاقد الأخر أو كان على علم به ، وإعمال ذلك في مجال التصرف الإنفرادي يعني لأول وهله عدم إمكان إعمال التدليس ، لأنه لا يمكن أن يقع إلا من الغير ، فلا يوجد طرف آخر ، أو متعاقد آخر [٢] .

بيد أن الفقه قد ذهب بحق ، ونحن نؤيده فيما ذهب إليه ، إلى أن الضرورة تدعو إلى تطور فكرة التدليس في مجال التصرف الإنفرادي ، بحيث يكفي للإبطال أن تكون هناك حيل تدليسية ، قد وجهت لمن صدر منه التعبير ، دون اعتبار لأن تكون قد صدرت ممن يستفيد من التصرف الإنفرادي ، مع التسليم بقابلية التصرف للإبطال إذا اتصل علمه به .

وبالنسبة للإكراه ، فإنه يمكن أن يؤدي للإبطال إذا وقع على المتصرف بالإرادة المنفردة .

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) المرجع نفسه — ص ٤٧٦ .

١٧٠ - ثالثاً : وفيما يتعلق بالسبب في التصرف الإنفرادي :

فإنه يجب أن يكون للتصرف الإنفرادي سببه ، وحالات الغلط التي تثور لعديد من التصرفات الإنفرادية تتعلق – غالباً – بغلط في السبب ، فيجب أن يوجد سبب مشروع ، وعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته تؤدي إلى بطلان التصرف ، ولكن يذهب جانب من الفقه إلى أن السبب في التصرف الانفرادي يتسم بطابع شخصي ، حيث يقتصر على الباعث الدافع للتصرف ، بل ويشترط البعض ضرورة أن يكون هذا السبب قد عبر عنه صراحة من جانب من صدر منه التصرف مما يؤكد الاتجاه إلى الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة [١] .

١٧١ - رابعاً : وفيما يتعلق بتفسير التصرف الانفرادي :

فإنه يكتفي فيه بالبحث في نية من صدر منه التعبير ، لأنه لا توجد نية مشتركة لمتعاقد آخر معه ، كما أنه لا قيمة للاعتداد بما فهمه ، من تلقي التعبير لأنه ليس طرفاً في التصرف ، فالتصرف ليس له إلا طرف واحد ، ويجب التركيز على تفسير الإرادة من خلال المظاهر الخارجية والظروف المحيطة . [٢]

ونحن نرى أن من تلقى التعبير يمكن أن يفهمه على نحو يكون له الحق في البحث عن نيته فيه ، لأنه إذا علم بالتعبير ممن صدر منه ، فإنه يمكن أن يكون له فهم خاص به ، يختلف عن الفهم الخاص للمتصرف بالإرادة المنفردة ، وإذا ما تحدد وجوده أصبح لنيته كيان مستقل ، يمكن أن يضاهي نية المتصرف ، ومن ثم فإنه ينبغي أن يصار إلى الفهم المشترك لنيتهما معا

١٧٢ - خامساً : ومن جهة أثر التصرف الانفرادي :

فإنه يكون انفراديا من جهة التكوين ، ولكنه ثنائي من حيث الأثر ، لأنه لا يرتب أثراً إلا في العلاقة بين من صدر منه التعبير ، وبين من اتجهت نيته إلى الالتزام في مواجهتهم ، وأخيراً فإنه لا مجال لإعمال الصورية في مجال التصرف الانفرادي . [٣]

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه .

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية الإرادة المنفردة

١٧٣ - استبان لنا أن الإرادة المنفردة أصبحت - ورغم الانتقادات الموجهة لها - مصدرا من مصادر الالتزام ، ولكنها مصدر استثنائي يوجد في بعض الحالات التي نص عليها المشرع ومنها : الوعد بجائزة ، والإيجاب الملزم ، وذلك ما سنبينه في المبحثين التاليين :

المبحث الأول

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

الفرع الأول

شروط الوعد بجائزة

١٧٤ - نظم المشرع أحكام الوعد بجائزة الموجه للجمهور تفصيلا في (المادة ١٦٢) مدني ، وذلك باعتباره أنه حالات نشأة الالتزام بالإرادة المنفردة ، والوعد بجائزة إعلان موجه إلى الجمهور عن التزام بإعطاء جائزة عن عمل يقوم به شخص غير معين في ذاته ، وقد نصت (المادة ١٦٢ مدني) على أنه :

١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢- وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على أن لا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول عن الجمهور .

ويبدو من هذا النص أنه يشترط لنشوء الالتزام بالجائزة شروطاً تستفاد من نص (المادة ١٦٢) مدني ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

١٧٥ - **أولاً** : يجب أن تتجه إرادة الواعد إلى إلزام نفسه ، وأن تكون هذه الإرادة مستكملة جميع شروط الانعقاد والصحة التي يلزم توافرها في الإرادة لصحة التعاقد ، وبناء على ذلك فإنه يجب أن يكون الواعد مميزاً ومتمتعاً بأهلية الالتزام ، وأن تكون إرادته سليمة من كل عيب يشوبها ، كالغلط والتدليس والإكراه ، كما يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً وكذلك السبب الذي من أجله اتجهت الإرادة نحو الالتزام .[١]

وبالنسبة للواعد أو الجاعل فيشترط فيه أن يكون أهلاً للالتزام أو التبرع ، فالجعل قد يكون تبرعاً إذا كان النشاط الذي يبذله العامل تعود فائدته إليه وحده ، دون أن يترتب عليه كسب مالي للجاعل ، كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعداً بجائزة لأحسن مؤلف في مادة علمية معينة ، وقد يكون الجعل معاوضة كمن يعد بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود وكما إذا كانت المصلحة أدبية .[٢]

وبالنسبة لمن وجه إليه الوعد ، ويسمى شرعاً بالعامل ، فلا يشترط فيه إلا قيامه بالعمل المطلوب ، سواء تم ذلك القيام بنفسه أو بواسطة نائب عنه ، وقد يتخذ الوعد صورة الإعلان عن جوائز تعطى للفائز في سحب يجرى على الكوبونات التي تنشرها جريدة أو مؤسسة ، أو هيئة بمناسبة عيدها الذهبي[٣] .

---

(١) د. سليمان مرقس – ص٦٢٥ ، د. جمال زكي – فقرة ٢٣٢ .

(٢) د. حسام الدين الأهواني – ص٤٧٨ .

(٣) في هذا المعنى حكم النقض المدني في ٢٨ مارس ١٩٩٠م ، وقد قضى باعتبار الكوبونات التي تنشرها الجريدة من قبيل الوعد بجائزة ، وتسري عليها أحكامه ، مجموعة المكتب الفني – س٤١ – ص٨٩٠ – رقم١٤٧ ، وراجع : د.حسام الدين الأهواني – السابق.

وإذا كان من الضروري أن تكون الإرادة سليمة وخالية من العيوب ، كالغلط أو التدليس ، أو الإستغلال ، أو الإكراه ، فإن جانباً من الفقه يرى أنه يستثني من ذلك شرط اتصال العيب بعلم المتعاقد الآخر ، ومن ثم فإنه وفقاً لهذا الإتجاه لا يشترط لإبطال الوعد ، أن يكون من قام بالعمل عالماً بالغلط أو التدليس أو الإكراه ، أو كان يستطيع أن يعلم به[1].

ونحن نرى أن هذا الرأي غير مسلم به ، لأن اتصال علم المتعاقد الآخر بالعيب يمكن أن يحدث في حال التصرف بالإرادة المنفردة ، كما يحدث في حال انعقاد العقد ، ومن ثم فإنه إذا وجد ترتب عليه أثره ، لأن وجوده ينم عن معنى غير مشروع وهو لا يختلف في أي نوع من أنواع التصرف ، فعلم المتعاقد الآخر بالعيب يعني أن له دخلاً في صناعة العيب الذي وقع فيه من صدر التصرف تعبيراً عن إرادته ، وهذا المعنى لا يختلف في التصرف الإنفرادي عنه في التصرف الإقتراني ، لأن المعنى واحد فيهما ، ومن ثم فإنه إذا وجد العلم يترتب عليه أثره في إبطال العقد ، ولأن وجوده سوف يكشف عن سوء نية الدائن في الوعد بجائزة ، وسوء النية مردود على صاحبه في جميع الأحوال ، ولذلك فإننا – وبالمخالفة لهذا التوجه– نرى أنه من الضروري اتصال العيب بعلم الدائن في الوعد بجائزة .

١٧٦ – ثانياً : أن يكون محل الإلتزام جائزة معينة :

يجب أن يكون محل الالتزام في الوعد بجائزة ، جائزة معينه ، يتعهد الواعد بإعطائها لمن يحقق الغرض المقصود بالالتزام ابتداء من تاريخ إعلان الوعد ، لأن الالتزام في تلك الحالة يعتبر التزاماً معلقاً على شرط واقف ، هو القيام بالعمل الموعود بالجائزة ، فإذا كان العمل قد تم قبل إعلان الوعد بالجائزة فإن الالتزام يعتبر منجزاً ومستحقاً من وقت صدوره ، وليس مجرد وعد بجائزة [1] .

---

(١) راجع في هذا المعنى : د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٧٥ ، د. إسماعيل غانم – ص ٣٩٥
د. سمير تناغو – ص ٢١٠ ، د/ أنور سلطان – ص ٤٤٧ .

(٢) د. سليمان مرقس – ص ٦٩٥ ، وحاشية ٧٠ ، وأنظر نقض مدني ٣٠/٣/١٩٦٦م المجموعة س ١٢ – ص ٢٩٤ – رقم ٤٢ ، حيث اعتبر أن الوعد بجائزة لا يستطيع أن يتمسك به من أتم العمل بالجائزة قبل الإعلان عنها ، لأنه ينشأ بإرادة منفردة ، وقارن ما ذهب إليه : د. حسام الأهواني – ص ٤٨٠ ، حيث يرى أن إنجاز العمل قبل الوعد بجائزة ، يجعل صاحبه مستحقاً لها ما لم يتضمن الوعد ما يخالف ذلك ، لأن الذي يهم الواعد هو إنجاز العمل وقد تم .

ويستوي في ذلك أن تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً قيمياً ، أو شيئاً مثلياً أو خدمة يؤديها الواعد لمن يستحق الجائزة ، ولا يشترط أن تكون للجائزة قيمة مادية ، وإنما يصح أن تكون قيمتها خالصة ، وذلك مثل شهادة تقدير ، أو وسام ، أو درع ، أو مجرد لقب يدل على التقدير لمن يحمله ، ومع ذلك فإنه لابد أن تكون الجائزة مما يجوز التعامل فيه أو أمراً مشروعاً ، ومن ثم لا يجوز أن تكون كمية من المخدرات أو رتبه لا يجوز حملها إلا بترخيص ، أو وظيفة معينة [1] .

وفي جميع الأحوال ، يجب أن يكون المحل مستوفياً لجميع شروطه ، من حيث الإمكان والتعيين والمشروعية [2] .

١٧٧ - ثالثاً : أن يكون الوعد موجهاً إلى الجمهور أو أشخاص غير معينين :

يجب أن تتوجه إرادة الواعد إلى الجمهور أو إلى أشخاص غير معينين ، فإن وجهت إلى شخص أو أشخاص معينين ، فإنه لا يسري عليها حكم المادة (١٦٢ مدني) ولا يترتب عليها نشوء الإلتزام إلا وفقاً للقواعد العامة ، ولابد أن يقترن بها القبول لتصبح عقداً وليس إرادة منفردة ، لأن توجيه الإرادة إلى شخص معين سوف يكون إيجاباً ، والوعد ليس كذلك ، بل يلزم صاحبه إستناداً إلى الإرادة المنفردة ، ولهذا لا يوجه إلى شخص معين [3].

ويقتضي توجيه الإرادة إلى الجمهور أن تتم بطريق علني [4] ، أي بإحدى طرق النشر أو الإذاعة أو التوزيع العام وغيره من الوسائل التي تتوافر فيها العلانية ، لأن هذه الطرق هي وسيلة توجيه الوعد إلى الجمهور ، أو إلى أي عدد كبير من أشخاص غير معنيين [5] .

---

(١) في هذا المعنى : د. سليمان مرقس – ص ٦٩٥ .

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٧٥ .

(٣) د. حسام الدين الأهواني – ص ٤٧٨ ، د. سليمان مرقس – ص ٦٩٦ ، ونقض مدني في ١٩٧٧/٢/٢٣م في الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ق ، المجموعة ٢٨ – ٥١١ – ٧/٢٧ ، وقد جاء فيه أن الوعد بجائزة على ما اشترطه المادة (١٦٢ مدني) يقوم أساساً على توفير أركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور ، أي إلى أشخاص غير معينين ، فإذا ما وجهت إلى شخص معين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة ، وسرت عليها قواعد الإيجاب ، فلابد أن يقترن بها القبول ، وتصبح عقداً لا إرادة منفردة .

(٤) الوسيط للسنهوري – جـ ١ – فقرة ٩١٣ – طبعة ١٩٨١ ، د. سليمان مرقس – المكان السابق .

(٥) د/سليمان مرقس – المرجع نفسه .

وعلة هذا النشر تتمثل في أمرين :

أولهما : أن طبيعة الوعد ذاتها تقتضي النشر عنه ، فما دام هذا الوعد موجها إلى الجمهور، فإنه ينبغي للجمهور أن يعلم به .

وثانيهما : أن نشر الوعد على الجماهير يعني أن صاحبه قد عزم النية عليه عزماً أكيداً ، وأنه حين ألزم نفسه به ، لم يكن ذلك الإلزام نتيجة فكرة عفوية غمرته في طفرة من حماس آني موقوت [1] .

١٧٨ - رابعاً : أن يكون سبب الإلتزام أمراً معيناً :

ويجب أن يكون المطلوب من العامل ، أو من الجمهور القيام بعمل معين ، ذلك أن القانون المصري يرى أن الجعالة لا تتحقق إلا إذا كان الجعل نظير عمل ، أما إذا كان الجعل موجها لمن يوجد في مركز معين ، كأولاد الشهداء ، أو من يولد في يوم معين ، كان ذلك إيجاباً وليس وعداً بجائزة ، أما العمل فمثاله ، من يعثر على شيئ ، أو يؤدي خدمة ، أو يكتشف دواء أو اختراعاً ، أو النجاح في الإمتحان ، أو الحصول على تقدير معين ، أو جائزة معينة ، أو من يحرز من اللاعبين هدفاً في مباراة معينة[2] ، ولابد أن يكون هذا العمل مشروعاً ، فلا يصح الوعد بجائزة لمن يقتل شخصاً معين ، أو لمن يقوم بتهريب شيء ممنوع [3] .

ويرى جانب من الفقه : أن الواعد يجب أن يهدف بوعده إلى تحقيق عمل ينطوي على مصلحة مقصودة له ، سواء كانت تلك المصلحة مادية أم أدبية ، فإذا كان لا يقصد بوعده إلا الدعاية،وذلك كأن يعد الصانع أو التاجر أو المزارع بإعطاء جائزة لمن يكتشف عيباً في بضاعته أو سلعته ، فإن الوعد لا يقوم هنا ، وذلك لأن التزامه به - حالئذ - سوف يكون التزاماً غير جدي ، ومع ذلك فإن هذا الأمر ينبغي أن يترك للقاضي في تقديره،حتى يتم تقييم كل حالة بحسب ظروفها ، وذلك وفقاً لقواعد العدالة وحسن النية[4]

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي – فقرة ٣٥٥ .

(٢) د. حسام الدين الأهواني – المكان السابق .

(٣) د. سليمان مرقس – ص٦٩٦ .

(٤) في هذا المعنى : د. حسام الأهواني – المرجع نفسه .

الفرع الثاني

أحكام الوعد بجائزة

١٧٩ - متي توافرت هذه الشروط الأربعة في الوعد بجائزة ، فإنه يترتب عليه التزام الواعد بما وعد دون حاجه إلي اقتران قبول به ، ولكنه يكون التزاما معلقا علي شرط واقف هو إنجاز العمل الذي خصصت له الجائزة ، والتقدم به في الوقت المناسب [1].

وأثر هذا الالتزام يختلف في حالة ما إذا كان الوعد بجائزة قد عينت فيه مدة لإنجاز العمل المجاز والتقدم به ، أو لم تعين مدة أصلا ، وذلك ما يجب بيانه :

١٨٠ - أولا : تعين المدة لإنجاز العمل المطلوب :

إذا تم تعيين مدة لإنجاز العمل المطلوب خلالها ، فإن الالتزام ينشأ في ذمة الواعد من وقت الوعد معلقا علي شرط واقف ، هو إنجاز العمل المطلوب ، والتقدم به في المدة المحددة ، ويتقيد الواعد بهذا الالتزام طوال المدة المحددة ، فلا يجوز له الرجوع عن وعده ، ويكون رجوعه عن وعدة قبل انقضاء تلك المدة عديم الأثر ، ولا يتحلل به من ربقة التزامه ، ولكن هذا الالتزام ينقضي من تلقاء نفسه ، بمجرد فوات الوقت المحدد دون تقدم أحد بالعمل المطلوب [2].

فإذا تحقق الشرط ، بأن تم العمل المطلوب والتقدم به في الموعد المحدد ، صار الالتزام مستحق الأداء لمن قام بهذا العمل ، وتعين بذلك شخص الدائن الذي لم يكن معينا عند الوعد ، وثبت له حق المطالبة بالجائزة ، سواء كان هو الذي قام بالعمل المطلوب قصداً للحصول عليها ، أم دون قصد لذلك ، وسواء كان يعلم بالوعد بجائزة وقت العمل أم كان لا يعلم بذلك ، وسواء تم العمل بعد ذلك الوعد أو قبل إعلانه ، وسواء رجع الواعد عن وعده أو لم يرجع [3]

(1) الوسيط للسنهوري - فقرة ٩١٤ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ ص ٤٤
(٢) د. سليمان مرقس - ص ٦٩٨
(٣) د. سليمان مرقس - السابق .

وإذا تخلف الشرط بأن انقضت المدة المحددة ، دون أن يتقدم أحد بالعمل المطلوب ، انقضي التزام الواعد ، وأصبح كأن لم يكن ، ولو تم انقضاء العمل المطلوب بعد انقضاء المدة ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون لمن قام بالعمل بعد الميعاد مطالبة الواعد بشيء ، اللهم إلا إذا ترتب علي العمل الذي قام به ، إثراء للواعد تتوافر فيه شروط دعوى الإثراء بلا سبب ، فيكون له مطالبة الأخير بمقتضاها [١] .

١٨١- ثانيا : عدم تعيين مده لإنجاز العمل المطلوب :

وإذا لم يعين الواعد مدة يجب التقدم خلالها بالعمل المطلوب ، فإن ذلك لا يمنع من التزامه بوعده التزاما معلقا علي شرط ، ويكون الشرط هو التقدم بالعمل المطلوب في مدة معقولة ، تقدر بالوقت الذي يجرى فيه القيام بذلك العمل [٢] ، وعند الخلاف علي تقدير المدة المعقولة يفصل القاضي في ذلك ، ويكون الحكم كما في الفرض السابق ، سواء في حالة التقدم بالعمل المطلوب في المدة المعقولة ، أو في حالة انقضاء المدة المعقولة دون التقدم بالعمل المطلوب ، أي أنه في الحالة الأولي تصبح الجائزة مكتسبة لمن تقدم بالعمل المطلوب ، وفي الحالة الثانية ، ينقضي التزام الواعد ، غير أن التزام الواعد في هذا الفرض يكون التزاما غير محدد المدة ، فيجوز وضع حد له بالرجوع فيه في أي وقت ، قبل أن يتقدم أحد بالعمل المطلوب ، علي أن يكون ذلك الرجوع بإعلان آخر يوجه إلي الجمهور [٣] .

١٨٢ - ويترتب علي الرجوع تحلل الواعد من وعده بحيث إذا تقدم له بعد ذلك أحد بالعمل المطلوب ، كان في حل من إعطائه الجائزة ، غير أنه إذا ثبت أن من تقدم بالعمل الذي خصصت من أجله الجائزة - بعد رجوع الواعد عن وعده - قد بدأ في هذا العمل قبل رجوع المذكور ، اعتماداً منه علي هذا الوعد ، وأنجزه في المدة المعقولة

---

(١) السنهوري - فقرة ٩١٥ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المرجع نفسه ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - ص ٦٨٩ ، مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٣٤٥ .

فإنه بالرغم من عدم استحقاقه الجائزة يكون له حق في التعويض عما أنفق أو تكبد ، وفقـــا لقواعد المسئولية التقصيرية ، وذلك لأن الرجوع عن الوعد بعد اعتماد الغير عليه ، وقبـــل انقضاء المدة المعقولة ، يعد إخلالاً بالثقة المشروعة يوجب التعويض عما ترتب عليـــه مـــن ضرر علي ألا يجاوز هذا التعويض قيمة الجائزة التي كانت مرصودة بأي حال ، لأن العـــامل ما كان يطمع في أكثر من هذه القيمة لو أنه أتم العمل وتقدم به قبل الرجوع [1].

وكذلك إذا كان من بدأ العمل قبل الرجوع في الوعد قد توقف عنـــه بمجـــرد علمـــه بالرجوع ، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة ، يجوز للواعد أن يثبت أن ما بدأ فيه من عمـــل ما كان ليؤدي إلي تحقيق المطلوب في مدة معقولة ، فينفي بذلك توافر علاقة السببية بـــين الرجوع في الوعد ، وبين عدم حصول العامل علي الجائزة الموعودة ، أمـــا إن تم التقـــدم بالعمل المطلوب قبل رجوع الواعد عن وعده امتنع علي الأخير الرجوع ، أو كان رجوعـــه عديم الأثر ، بمعني أنه لا يحل الواعد من التزامه ، ولا يمنع من ثبوت حق من تقدم بـــالعمل المطلوب في الجائزة الموعودة [2].

ولا يترتب علي الوعد بالجائزة ، ولا علي استحقاقه لشخص ثبوت حق الواعـــد في ثمـــرة العمل ، فالواعد لا يكتسب ملكية العمل الذي استحق الجائزة ، أو حقوق منشئـــه فيـــه إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان ، فلو اكتشـــف أحـــد العلمـــاء دواء واستحق عنه الجائزة ، فإن حق استغلال الدواء لا يكون للواعد ، وإنما يظـــل لمكتشـــفه ، وتظل الحقوق المالية والأدبية للمكتشف .

---

(1) د. حسام الدين الأهواني – ص١٨١ .

(2) د. سليمان مرقس – ص٢٠٠ .

د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٣٧ .

١٨٣ - ثالثاً : تقادم دعوى الوعد بجائزة :

إذا كان الوعد محدد المدة ، وتم إنجاز العمل خلال تلك المدة ، فإن دعوى المطالبة بالجائزة لا تتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة ، من تاريخ تنفيذ العمل ، أي الواقعة القانونيـــة المرتبـة للحق في الجائزة ، وأساس ذلك أن نص (المادة ١٦٢مدني) ، لم يعرض لتقـــادم الــتزام الواعد ، وما يقابله من حق ، فتسرى علي تقادمها القاعدة العامة القاضية بتقادم كل حــق أو التزام بمضي خمس عشرة سنة ، وجميع القواعد الأخرى المتعلقة بهذا التقادم العــام مــن حيث انقطاعه – ووقفه وضرورة التمسك به [1] ، أما إذا لم يكن الوعد قد اقترن بتحديــد مدة ، واستعمل الواعد حقه في الرجوع فيه قبل أن يتقدم إليه أحد بالعمل المطلوب ، وكان هناك من بدأ هذا العمل قبل الرجوع سواء أتمه وتقدم به بعد الرجوع أم لم يتمــه أصــلاً ، وثبت له بذلك حق في التعويض عما أنفقه أو تكبده ، فإن هذا الحق يكون مصدره الإخلال بالثقــة المشــروعة ، أي العمل غير مشــروع الذي يخضع من حيث التقادم إلى إحكــام (المادة ١٩٣مدني) ، فيتقادم بثلاث سنوات من وقت علم العامل برجوع الواعد عن وعده على ألا يجاوز ذلك خمس عشرة سنة من وقت ذلك الرجوع .

بقيت حالة من أتم العمل المطلوب قبل رجوع الواعد في وعده ، وقد نصت الفقــرة الثانية من (المادة ١٦٢) على أن الرجوع لا يؤثر في حقــه في الجائزة ، أي يثبت له الحــق فيها ، كما لو كان الرجوع لم يحدث ، وكان ذلك يستتبع أن هذا الحق لا يتقادم ، إلا كمـا يتقادم الحق في الجائزة المترتب على الوعد المعين المدة ، أو على الوعد الذي لم يحدث رجوع فيه ، أي بمضي مدة خمس عشرة سنة من وقت التقدم بالعمل المطلوب ، غــير أن العبــارة الأخيرة من الفقرة الثانية من (المادة ١٦٢) ، نصت بمناسبة الرجوع في الوعد الذي لم يقترن بتحديد مدة على أنه : " تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشــهر مــن تاريخ إعلانه العدول للجمهور " .

وكما يرى بعض الفقهاء فإن هذا النص يتعارض مع العبارة التي تسبقه مباشـــرة ، والتي تقضي بأنه : " لا يؤثر الرجوع في حق من أتم العمل قبل حصوله " ، فإن هذا النـــص من شأنه أن يجعل حق من أتم العمل قبل الرجوع يتأثر بهذا الرجوع من حيث تقصير مـــدة تقادمه من خمس عشرة سنة إلى ستة اشهر ، وكان من الواجب أن يعتبر الرجـــوع وفقـــاً للقواعد العامة ، وللعبارة السابقة عليه مباشرة كأن لم يكن ، وأن لا يترتب عليه أي أثـــر ، لا فيما يتعلق بتقادم الحق أو غيره [1] .

هذا ومن ناحية النصوص ، والمنطق القانوني والواقع العلمي ، فإن الأخـــذ بظـــاهر النصوص يؤدي إلى تمكين الواعد من إضعاف حق مستحق الجائزة بعد إستحقاقها ، وذلـــك عن طريق رجوعه في الوعد ، بعد تمام العمل المطلوب وتقديمه إليه ، إذ يترتب علـــى هـــذا الرجوع غير الجائز قانوناً تقصير مدة تقادم الحق في الجائزة من خمس عشرة سنة إلى ســـتة أشهر ، وهذه نتيجة لا يصح إقرارها ، بل إن الواجب يقضي بأن لا يتأثر الحق في الجـــائزة بالرجوع اللاحق لثبوته ، وأن يسوي بينه وبين الحق في الجائزة الذي لا يعقب ثبوته رجـــوع عن الوعد في جميع أحكامهما بما في ذلك حكم التقادم [2] .

١٨٤ – ولفض التعارض بين العبارتين المذكورتين ، من الفقرة الثانية ، من (المـــادة ١٦٢) يتعين ترجيح إحداهما على الأخرى بعامل ترجيح مطمئن ، وبالنظر في العبارة الأولى الـــتي تقضي بأنة " لا يؤثر الرجوع عن الوعد في حق من أتم العمل المطلوب قبل حدوثه " ، نجـــد أنها تتفق مع القواعد العامة القاضية بأنه متى نبت نشخص حـــق بات ، فلا يجوز لأحـــد أن يسلبـــه إياه دون إرادته ، أما العبـــارة الأخرى التي تقضي بسقوط الحق بعد مضي ســـتة أشهـــر من وقـــت الرجـــوع ، فلايوجد أي مرجـــح لها ، بل ولا أي مبرر يصدق معناها

---

(١) د. سليمان مرقس – ص ٢٠٤ .

(٢) المرجع نفسه – ص ٢٠٥ .

وربما جاءت نتيجة لبس وقعت فيه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، عند فهم نص المشروع الفرنسي الإيطالي الذي يعد مرجعاً لاقتباس أحكام الوعد بجائزة ، دون أساس صحيح فيه لذلك (١) .

ومن ثم ، وبناء على ترجيح النص الأول من خلال القول بأن الرجوع في الوعد بعد تمام العمل لا يؤثر في حق من أتمه للحصول على الجائزة ، وأنه من شأنه نقص المدة التي يتقادم بها هذا الحق ، وهي مدة التقادم العام ، أي خمس عشرة سنة من الوقت الذي صارت فيه المطالبة بالحق جائزة (٢) .

---

(١) المرجع نفسه – صـ ٤٠٦ .

(٢) المرجع نفسه ، راجع عكس ذلك : السنهوري – الوسيط – جـ ١/٢ – فقرة ٩١٥ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية- جـ ٢ – ص ٣٤٧ .

المبحث الثاني

الإيجاب الملزم

١٨٥ · يعتبر الإيجاب الملزم هو التطبيق الثاني لنظرية الإرادة المنفردة ، ومن المعلوم أنه وفقاً لما تقضي به المادة (٩٣ مدني مصري) بأنه :

١- " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه ، إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة " ، وعليه فإنه يلزم الموجب عدم الرجوع عن إيجابه ، إذا كان قد اقترن بتحديد ميعاد للقبول فالإيجاب في هذه الحالة يعتبر إيجاباً ملزماً .

ويبدو من نص (المادة ٩٣) المذكورة ، أن الإيجاب يكون ملزماً إذا عين للقبول ميعاد صريح ، كأسبوع أو شهر أو شهرين أو ثلاثة ، كما أن هذا الميعاد قد يستفاد ضمناً من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، وذلك كما في حال إيجاب شخص على نفسه بيع شيئ بشرط التجربة ، فإن هذا الإيجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة ، وإذا حدث نزاع حول تحديد المدة ، فإن تقديرها يكون متروكاً للقاضي ، وفي حالة التعاقد بالمراسلة ، فإن الموجب يبقى ملتزماً بإيجابه طوال المدة اللازمة لوصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه ، وتلقي الرد عليه بالطرق العادية ، ولا يسأل عن وصول الإيجاب أو القبول في وقت متأخر .

١٨٦ - وبناء على ذلك فإن الإيجاب يسقط ، إذا رفض من وجه إليه الإيجاب ، حتى ولو لم ينقضي الميعاد المحدد لقبول ، وقد يكون هذا الرفض صريحاً ، وقد يكون ضمنياً يستفاد من تعديل الإيجاب ، أو طرح إيجاب جديد يخالف الإيجاب الأول ، وكذلك الأمر إذا انقضى الوقت المحدد للقبول دون صدوره ، أو إذا انفضّ مجلس العقد قبل أن يصدر القبول ، حتى ولو لم يرجع الموجب عن إيجابه [1] ، ومعلوم أن حالات بقاء الموجب على إيجابه تمثل أمثلة للالتزام بالإرادة المنفردة .

---

(١) د. السنهوري – فقرة ١٠٦ ، د/ عبد الرازق فرج – فقرة ٩٦ ، د. عبد المنعم فرج – فقرة ٨٨ .

القسم الثاني

المصادر غير الإرادية للالتزام

القسم الثاني

المصادر غير الإرادية للالتزام

هـذه المصادر تتمثل في العمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب أو الفعل النافع ، والقانون ، ، وسوف نخصص لبيان كل مصدر منها باباً .

الباب الأول

العمل غير المشروع

١٨٧- يعتبر العمل غير المشروع أو المسئولية التقصيرية من أهم المصادر غير الإرادية للالتزام ، وقد عرض المشرع له في المواد من (١٦٣ إلى ١٧٨) من التقنين المدني المصري الحالي ، فنظم أحكام المسئولية عن الأعمال الشخصية في المواد من (١٦٣ إلى ١٧٢) ، ثم نظم أحكام المسئولية عن فعل الغير في المواد من (١٧٣ إلى ١٧٥) ، وأخيراً تظم أحكام المسئولية في المواد من (١٧٦ مدني إلى ١٧٨) .

وتتمثل حقيقة المسئولية التقصيرية في الجزاء عن الإخلال بالواجبات القانونية المفروضة على كل شخص بعدم الإضرار بالغير [١] ، وهي مصدر صناعي للفعل سأل ، ويطلق ليراد به المسئول ، الذي هو في موضع المساءلة عن خطأ صدر منه أو ضرر ارتكبه بحق غيره ، وليس المراد بالمسئولية حقيقتها ، وإنما المراد بها ما يترتب عليها من جزاء سواء كان ذلك في مجال العقاب أو في مجال الضمان ، أو في مجال

([١]) د. سمير تناغو – المبادئ الأساسية لنظرية الإلتزام – ص ٢١٥ – طبعة ١٩٧٠م ، د. عبد الرازق حسن فرج – المصادر غير الإدارية – ص ٣ – طبعة ١٩٥٥م .

الاحتقار الاجتماعي العام لمن يخرج على آداب المجتمع أو التقاليد المرعية فيه .

ولما كانت المسئولية من المساءلة التي يراد بها ما يترتب من آثار ، فإنها لذلك ، قد تكون أدبية كما أنها قد تكون قانونية ، وهذه الأخيرة قد تكون مدنية أو جنائية أو إدارية ، والمسئولية المدنية قد تكون عقدية ، وقد تكون تقصيرية ، ويجدر بيان هذه الأنواع من المسئولية .

المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية :

١٨٨- يذهب جانب كبير في الفقه إلى أن معيار التفرقة بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية يكمن في موطن الجزاء المقرر لكل منهما ، والمسئولية القانونية يقوم الجزاء عليها في قواعد القانون ، أما المسئولية الأدبية ، فإن الجزاء عليها يقوم في قواعد الأخلاق [١] .

وهذه التفرقة غير دقيقة لأنها تقوم على الفصل الدقيق بين القانون والأخلاق مع أن بين الأمرين بين التأثير ما لا يمكن إنكاره ، حيث لا يخفى أن لقواعد الأخلاق تأثير على المسئولية القانونية يظهر من استناد القاعدة القانونية إلى أساس أخلاقي في معناها ، وهذا الأساس يتمثل في احترام حقوق الغير وعدم الإضرار بهم ، كما أن الخطأ في المسئولية القانونية يتأثر بقواعد الأخلاق في المجتمع ، ومع ذلك التأثير فإن ثمة اختلافاً بين الأمرين من عدة وجوه .

---

(١) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٧٤٣ وما بعدها .

أولها : الجزاء :

فالجزاء مختلف في كلتا القاعدتين اختلافاً واضحاً ، فهو في القاعدة القانونـــية جـــزاء مادي ومحسوس ومحدد ، بينما هو في القاعدة الأخلاقية معنوي ينحصر في تأنيب الضمير واستهجان الناس لمن يخرج عليها [1] .

ثانيها : النطاق والغاية :

حيـــث نلاحظ أن القاعدة القانونية عامة مجردة ، وهي تتطلب قدراً مـــن الحـــيطة والحـــذر ، ومعيار الخطأ فيها يقوم على تصرف الشخص العـــادي ، أما القاعدة الأخلاقية فهي تهدف إلى الكمال الأخلاقي والارتقاء بالسلوك دون الوقوف به عند الحد الأدنى وهو سلوك الشخص العادي .

ثالثها : الطبيعة والمضمون :

كما تختلف القاعدة القانونية عن القاعدة الأخلاقية من حيث الطبيعة والمضـــمون ، فالمسئولية القانونية ، هي رد فعل لمخالفة واجب قانوني ، أمـــا المسئولية الأدبية ، فهي رد فعل لمخالفة واجب أخلاقي ، وهكذا يبدو الفرق بين القاعدتين .

أنواع المسئولية القانونية :

١٨٩- وأنواع المسئولية القانونية تتمثل في المسئولية المدنية ، والجنائية ، والإداريـــة ، والأخـــيرة هي التي تدخل في موضوعات القانون الإداري ، وتمـــثل جـــزاء عـــن المخالفات التي تقع من الموظف العام في قيامه بأداء واجـــبات وظيفته ، وذلك بخروجه على مقتضى هذا الواجب الوظيفي ، أما المســـئولية الجنائية ، فهي تتمثل في الجزاء عن فعل موجه ضد المجتمع ،

---

(١) المرجع نفسه – ص ٧٤٤ .

وذلك لردع المجرمين وتوقيع العقوبات الجنائية على كل من يرتكب جريمة منصوص عليها قانوناً .

أما المسئولية المدنية ، فهي الجزاء عن فعل ضار بالأفراد ، وذلك بإلـــزام كــل مـــن ارتكـــب خطأ سبب ضرراً للغير أن يقوم بتعويض هذا الضرر .

الفرق بين المسئولية الجنائية ، والمسئولية المدنية :

١٩٠- لمــا كانـــت الفكـــرة الجوهرية في الفرق بين المسئولية الجنائية ، والمســئولية المدنـــية تقوم على الجزاء فيهما ، وأن الجزاء في الأولى عن فعـــل أضـــر بالمجتمع ، وفي الثانية عن فعل أضر بحق شخص معين فإنه يـــتفرع على هذه الفكرة الجوهرية . إن الجزاء في المسئولية الجنائية يعتبر عقوبـــة تطالـــب النـــيابة العامـــة بتوقيعها ، وذلك على أساس أنها ممثلة المجـــتمع، أمـــا الجـــزاء فـــي المســـئولية المدنية فهو تعويض يطالب به المضرور ، ولما كانت العقوبة في المسئولية الجنائية تتضمن معنى الإعلام كـــان من اللازم حصر الأفعال التي يعاقب عليها ، ولهذا كان المبدأ المقرر فـــي القانون الجنائي : أن لا جريمة إلا بقانون ، ولا عقوبة إلا بنص، أما المســـئولية المدنـــية ، فإن الأفعال التي تؤدي إليها ، ليست محصورة على هـــذا النحـــو ، وإنما تحدد أعمالاً لقواعد مرنة أهمها ما نصت عليه المادة (١٦٣) مدنـــي ، بقولهـــا : كـــل خطـــأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالـــتعويض ، ويترتـــب علـــى اخـــتلاف نطاق كل من المسئولية الجنائية والمســـئولية المدنـــية ، أنه قد توجد إحدى المسئوليتين دون الأخرى ، وقد توجـــد هاتـــان المســـئوليتان معاً عند حدوث فعل واحد ، فتوجد المسئولية الجنائـــية المدنـــية ، إذا ارتكب شخص فعلاً يحرمه القانون دون أن يترتب

علـيه ضــرر لشــخص معيــن ، كما في جرائم الشروع والتشرد وحمل السلاح، والاتفاق الجنائي .

وقــد توجــد المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا وقع فعل خاطــئ ســبب ضرراً لشخص معين ، دون أن يدخل في الأفعال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، وذلك كإتلاف مال الغير عن عمد ، والمنافسة غــير المشــروعة ، والفصل التعسفي للعامل ، وقد يترتب على فعل معين نشوء المسئوليتين معاً ، وذلك كما في القتل والضرب والسرقة والقذف .

١٩١- وإذا ترتــب علــى الفعــل نشوء المسئوليتين معاً ، فإن المسئولية الجنائــية تكون ذات تأثير أقوى على المسئولية المدنية من جهة أن الأولى حــق للمجــتمع ، ويظهر تأثير المسئولية الجنائية في المسئولية المدنية من بعض النواحي كما يلي :

(١) من حيث الاختصاص برفع الدعوى :

ومــن هــذه الناحــية ، نجــد أنه يجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمــة الجنائــية التــي رفعت أمامها الدعوى الجنائية ، لتفصل فيها مع الدعوى الجنائية ، وبذلك تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجنائية .

(٢) وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية :

وإذا رفعــت الدعــوى المدنــية أمام المحكمة المدنية ، ثم رفعت الدعــوى الجنائية قبل أن يتم الفصل في الدعوى المدنية فإنها تقف إلى أن يتم الفصل في الدعوى الجنائية .

(٣) لا تسقط الدعوى المدنية بالتقادم ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة :

ومن حيث سقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم ، فإن الدعوى المدنية لا تسقط ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة ، فدعوى المسئولية التقصيرية ، تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر ، وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط في كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ، ولكن إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء موعد سقوط الدعوى المدنية ، فإن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بعد سقوط الدعوى الجنائية [١] .

(٤) من حيث حجية الحكم :

أما من جهة حجية الحكم ، فإن المحكمة الجنائية إذا فصلت في الدعوى الجنائية ، فإن القاضي المدني يلزم بالحكم في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم ، وكان فصله فيها أمراً ضرورياً [٢] ، فإذا حكمت المحكمة الجنائية بالإدانة على أساس وقوع الفعل من المجرم ، فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تبحث فيما إذا كان هذا الفعل قد وقع منه أو لم يقع ، وإنما تلتزم بما انتهت إليه المحكمة الجنائية ، وبالعكس فإن المحكمة الجنائية إذا حكمت بالبراءة على أساس أنه لم يثبت وقوع الفعل من المتهم ، فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تبحث في أمر وقوع هذا الفعل ، فإذا كانت الدعوى المرفوعة أمامه دعوى تعويض ، وجب عليه في هذه الحالة أن يرفض الدعوى ، ويستوي في ذلك أن يكون القاضي الجنائي ، قد أسس البراءة

---

(١) مادة (١٧٢ / ١ ، ٢) مدني .

(٢) مادة (١٠٢) من قانون الإثبات .

علـــى نفـــي نسبة الواقعة إلى المتهم ، أو يكون قد أسسها على عدم كفاية الأدلة ، على هذه النسبة أو الشك فيها .

أما إذا كانت البراءة مؤسسة على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون، وحينـــئذ تكـــون المحكمـــة الجنائية قد فصلت في الواقعة المكونة لأساس الدعـــوى ، دون أن تفصـــل فـــي نسبتها إلى المتهم ، فتنتفي حجية الحكم الجنائـــي أمـــام المحكمـــة المدنية ، ومن ثم يجوز للقاضي المدني في هذه الحالـــة أن يقوم بثبوت الفعل المنسوب إلى المتهم ، وأن يقضي بالتعويض علـــى أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر ، ويتحقق ذلك إذا كان الفعـــل المنسوب إلي المتهم لا يصدق عليه وصف الجريمة ، أو كان الحكم بالبراءة راجعاً إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم بالعفو الشامل ، أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم [1] .

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

١٩٢- وإذا كانـــت المســـئولية المدنية تنقسم إلى عقدية وتقصيرية ، وأن أحكام هذين النوعين من المسئولية يتفق في كثير من الوجوه ، ومنها المبدأ الـــذي يقضـــي بـــأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض ، فالخطـــأ في الحالتين ، هو الإخلال بواجب قانوني ، أو هو الإخلال بالتزام ســـابق كمـــا يقـــول الأستاذ (بلانيول) ، ففي المسئولية التعاقدية ، يكون الإخلال بالالتزام التعاقدي ، وفي المسئولية التقصيرية ، يكون هو الإخلال بالـــتزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير ، والخطأ في كلتا الحالتين يعتبر عمـــلاً غـــير مشـــروع ، ومـــع ذلـــك فـــإن ثمة خلافاً بين كل من هاتين المســـئوليتين مـــن ناحـــية الصياغة الفنية لأحكامهما ، فالمسئولية العقدية

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصده – مصادر الالتزام – ص ٤٣٠ .

منشـؤها العقـد ، وهي عبارة عن الشق الثاني في الالتزام التعاقدي الذي يتمـثل في عنصري المديونية والمسئولية ، فالمسئولية العقدية هي الجزاء علـى الإخـلال بعنصر المديونية في العقد ، واستناداً إلى هذا ، فهي وليدة العقد ، ويترتب على ذلك ما يلي :

أولاً : تعديل أحكام المسئولية :

لمـا كانت المسئولية العقدية أساسها العقد ، فإنه يجوز الإعفاء منها أو تعديـل أحكامهـا بموجـب العقـد ذاته ، وهذا على خلاف المسئولية التقصـيرية ، التـي هي وليدة القانون ، وهي جزاء على الإخلال بالالتزام القانونـي القاضي بعدم الإضرار بالغير ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها أو الإعفاء منها [1] .

ثانياً : الأهلية المطلوبة :

ومـن حيث الأهلية ، فإنه يشترط لتحقيق المسئولية العقدية ، بلوغ سن الرشد في الكثير من العقود ، بينما في المسئولية التقصيرية تكفي أهلية التميـيز ، وذلـك إعمـالاً لفكـرة المصـلحة فـي الالتزام ، أو النظرية الموضـوعية فـي الحـق ، وهي التي تقوم على تعويض الضرر بصرف الـنظر عـن أهلـية من فعله ، والمقتبسة من الفقه الإسلامي في كثير من أحكامها .

ثالثاً : نطاق التعويض :

وأمـا عن نطاق التعويض ، فإنه في المسئولية العقدية لا يكون إلا عـن الضـرر المباشـر والمتوقع الحصول ، وذلك فيما عدا حالتي الغش

---

(1) مادة (٢١٧ / ٢ ، ٣) مدني) .

والخطـــأ الجســـيم [١] ، أمـــا في المسئولية التقصيرية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر ، سواء كان متوقعاً أم غير متوقع .

رابعاً : من حيث الإثبات :

ومن حيث الإثبات ؛ فإن على المدين في المسئولية العقدية أن يثبت الوفاء بالتزامه التعاقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد ، أما في المسئولية التقصـــيرية ، فإنه يجب على الدائن إثبات أن المدين قد ارتكب عملاً غير مشروع وسبب ضرراً له .

خامساً : من حيث افتراض التضامن :

فـــإن التضامن لا يفترض في المسئولية العقدية ، حيث لا يقوم بين المدينين إذا تعددوا إلا بناء على اتفاق ، أما في المسئولية التقصيرية ، فإن التضامن بين المسئولين مفترض ومقرر بنص القانون [٢] .

سادساً : مدة التقادم :

ومـــن حيـــث مدة التقادم ، فإنها في المسئولية العقدية خمس عشرة ســـنة [٣] ، وفـــي المسئولية التقصيرية نجد أن القانون قد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال [٤] .

---

(١) مادة (٢٢١ / ٢) مدني .

(٢) مادة (١٦٩) مدني .

(٣) مادة (٣٧٤) مدني .

(٤) مادة (١٧٢) مدني ، راجع : الوسيط للسنهوري – السابق – ص ٧٤٩ وما بعدها ، د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ٩ .

عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين :

١٩٣- إذا توافر في الفعل الواحد شروط المسئوليتين ، العقدية والتقصيرية، كأن يخطئ الناقل فيصيب المسافر ، أو يخطئ المستأجر فيؤدي ذلك إلى تلف العين المؤجرة ، فلا يجوز للمضرور أن يجمع بين المسئوليتين ، ولا يجوز له وفقاً للرأي الراجح أن يختار بينهما ، وإنما يقتصر حقه على رفع دعوى المسئولية العقدية ، وذلك على نحو ما يلي :

أولاً : لا خلاف في أنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسئولتين ، فالجمع بأي معنى يحتمله هذا اللفظ أمر غير مستساغ ، ومن ثم فلا يجوز الجمع ، بمعنى أن يطالب الدائن بتعويض الضرر بناء على كل منهما ، فالضرر الواحد لا يعوض مرتين ، ولا يجوز الجمع بمعنى أن الدائن ولو طالب بتعويض واحد يجمع بين ما يحقق مصلحته من أحكام المسئولية التقصيرية، كالتمسك بتضامن المسئولية ، وما يحقق مصلحته من أحكام المسئولية العقدية كعدم سقوط الدعوى إلا بمضي خمس عشرة سنة ، فالدعوى التي يجمع فيها الدائن بين الأحكام الخاصة بكل من الدعويين ، لا تكون دعوى مسئولية عقدية ، ولا هي دعوى مسئولية تقصيرية ، بل هي دعوى لا يعرفها القانون .

ثانياً : بيد أن هذا النظر يثير تساؤلاً حول مدى حق الدائن في رفع الدعوى التي يراها محققة لمصلحته ، وهذه المسألة هي المعروفة بالخيرة بين المسئوليتين ، وقد كانت هذه المسألة - وما تزال - محل اختلاف في الرأي حول مدى جوازها .

فذهـب رأي إلى أن للدائن أن يختار واحدة من المسئوليتين فيرفع دعـواه بمقتضـاها دون الأخـرى ، وذلك في حالة توافر شروط كل من المسـئوليتين، حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك ، فإذا اختار إحدى الدعويين الـتزم بهـا ، وليس له أن يعود إلى اختيار الأخرى ، وإلا كان جامعاً بين الدعوييـن ، وفي رأي آخر يميل إليه أكثر الفقهاء في مصر ، أنه لا يجوز الاختيار ، فلا يكون للدائن إلا دعوى المسئولية العقدية ، وذلك على أساس أنه إذا وجد عقد بين المضرور والمسئول فالالتزام الناشئ عنه ، يوجد في الحدود المرسومة له وفقاً لإرادة المتعاقدين ، مكملة بأحكام القانون ، وإباحة الالـتجاء إلـى المسـئولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الالتزام تؤدي إلى تجاوز هذه الحدود ، فيختل توازن العقد ، ومن ثم لا يجوز [1] .

إن المسـئولية التقصيرية تعتبر نظاماً عاماً يطبق على جميع أفراد المجـتمع، وليس للدائن أن يلجأ إليها طالما أنه مرتبط بالعقد ، ومن ثم فإن لـه أن يباشـر المسئولية العقدية ، طالما أن شروطها كانت متوافرة إذ أن صفته كمتعاقد تجب صفته كطرف في المسئولية التقصيرية [2].

وسـوف نعـرض فيمـا يلي لأحكام المسئولية التقصيرية ، فنبين أولاً : المسئولية عن الأعمال الشخصية ، ثم المسئولية عن فعل الغير ، ثم المسـئولية الناشئة عن الأشياء ، مع ملاحظة أن المشرع قد أقام المسئولية عـن الأعمـال الشخصية على أساس خطأ واجب الإثبات من جانب الدائن الـذي يطالب بالتعويض ، كما أقام المسئولية عن عمل الغير ، والمسئولية عـن الأشـياء على أساس خطأ مفترض ، وسوف يتضح ذلك تفصيلاً في الفصول التالية .

---

(1) د. منصور مصطفى منصور – مصادر الالتزام – مذكرات – ص ١٨٥ .

(2) د. سميـر تناغو – المبادئ العامة لنظرية الالتزام – ص ٢٣١ – طبعة سنة ١٩٧٠م ، د. عبد الرازق فرج – ص ١٠ .

الفصل الأول
المسئولية عن الأعمال الشخصية

والمسائل الأساسية المتصلة بالمسئولية عن الأعمال الشخصية ، تتعلق بأركان هذه المسئولية وآثارها ، ونخصص لبيان كل موضوع منها مبحثاً.

المبحث الأول
الخطأ في المسئولية التقصيرية

١٩٤- تمثل فكرة الخطأ أهم موضوعات المسئولية المدنية، لأنها تمثل ركيزة أساسية في ترتيب الآثار الناشئة عن تلك المسئولية من جهة أنها بمثابة السبب في ترتيب تلك الآثار ، ورغم وضوح موقفها وأهمية دورها في هذا الصدد ، إلا أن النصوص القانونية المتعلقة بالمسئولية المدنية لم تتضمن تعريفاً لها يحدد مفهوم الخطأ بصفة عامة ، ولكن فيما يتعلق بالخطأ كركن من أركان المسئولية ، فقد وضع نص المادة (١٦٣) مدني مصري ، الأساس لهذا الركن ، حين قررت : " أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" ، ويلاحظ على هذا النص ، أنه رغم إشارته إلى الخطأ ضمن كلماته، إلا أن تلك الإشارة لم تتضمن تعريفاً له أو بياناً لطبيعته، وإن كانت قد أفصحت عن أنه إذا ترتب عليه ضرر للغير ، فإنه يكون مستلزماً للتعويض على من ارتكبه لمن سبب له ذلك الخطأ ضرراً ، وقد تلمست المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري العذر في عدم تعريف الخطأ بقولها: "وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه

الحكـــم ، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع ، فيجب أن يترك تحديد الخطـــأ لتقدير القاضي، وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القـــانون ، ومخالفة هذا النهى هي التي ينطوي فيها الخطأ ، وذلك يقتضي تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص[1]".

١٩٥- كذلـــك الأمـــر فيما يتعلق بالنصوص المتعلقة بالمسئولية العقدية ، حيـــث لم تتضمن هي الأخرى تعريفاً للخطأ، وإنما أشارت إلى علاج آثاره لمن أصابه ذلك الخطأ بضـــرر، وذلك على نحـــو ما نصت عليه المـــادة (٢١٥) مدني مصري ، بقولها : " إذا استحال على الملتزم أن ينفذ الالتزام عيـــنا حكـــم علـــيه القاضي بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن اســـتحالة التنفـــيذ قـــد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلـــك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" ، ومقتضى هذا النص أن المتعاقد الـــذي الـــتزم ولـــم ينفذ التزامه ، دون أن يمنعه من التنفيذ قوة قاهرة ، أو حادث مفاجئ ، يعتبر مخطئاً بمجرد عدم الوفاء بالالتزام[2].

أمـــا تعـــريف الخطأ ، فإن هذا النص لم يتعرض له ، وإن كان – كســـابقه – قـــد أشـــار إلى وضع المبادئ العامة للمسئولية المدنية بأركانها الثلاثة الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – جـ٢ – ص ٣٥٤.

(٢) الســـنهوري – الوسيط – جـ١ – فقرة ٤٢٧ – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية، ومجموعة الأعمال التحضيرية السابق ص ٥٤٦، د. حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – ص ٤٣١ – مطبعة نوري بالقاهرة ١٩٤٣م.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – ص ٤٥٠ – دار النهضة العربية ١٩٦٠م.

ضوابط فكرة الخطأ فى القانون :

١٩٦- ومـــع ذلك فإن هذين النصين القانونيين قد ساهما إلى حد كبير في وضـــع الضـــوابط العامة التي تحكم الخطأ بما يعين الفقه للتعريف به على نحـــو تام ، من خلال تحرى تلك الضوابط بما يبين ماهيته، ويحدد طبيعته، وتتمـــثل تلـــك المبادئ في أنه يجب على الكافة عدم الإضرار بالغير، وأن يـــبذلوا في كل أعمالهم عناية الرجل الحريص ، وأنه يجب على كل متعاقد الوفاء بما التزم به ، ذلك من ناحية المبادئ العامة ، أما من ناحية التعريف بالخطـــأ فقـــد أوكـــل هـــذان النصان تلك المهمة للفقه والقضاء بما يمكن استخلاصه من تلك المبادئ ، ومن طبيعة أوامر القانون ونواهيه[١].

التعريف بالخطأ في فقه القانون :

١٩٧- كـــان مـــن الضروري وقد خلت النصوص القانونية من التعريف بالخطـــأ، أن يتدخل الفقه للاضطلاع بتلك المهمة، ولم يكن الأمر بالنسبة له سهلاً ميسوراً ، بل اعترى تلك المهمة من الصعوبات ما جعل وصول الفقه لتعريف محدد للخطأ أمراً بالغ الصعوبة ، ولعل مرد ذلك إلى أمرين:

أولهمـــا : أن كلمـــة الخطأ يندرج تحتها عدد لا يمكن حصره من السلوك الإنســـاني ، وكـــان تطبـــيق معنى الخطأ على تلك السلوكيات المتعددة مما تخـــتلف أنظـــار الفقهاء بشأنه[٢]، من منطلق أن ذلك مما تقتضيه الصنعة

---

[١] في هـــذا المعـــنى: د. محمـــد حسين الشافعي – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – ص ٩٢، وما بعدها – دار النهضة العربية ١٩٩٠م.

[٢] د. عـــبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – جـــ٢ – ص ٤٤٣ – طبعة ١٩٥٤، حيث يقرر: أن كلمة الفقهاء لن تتفق على تعريف للخطأ ويرجع ذلك إلى أن فكرة الخطأ غير محددة، كما أنها تتصل = = بالأخلاق من قريب، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محددة ولا منضبطة، وفى هذا المعنى: الأستاذان حسين، وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية – ص ١٣٥ – دار المعارف ١٩٧٩م.

د. سمير تناغو – نظرية الالتزام – ص ٣٢٨ – منشأة المعارف بالإسكندرية.

الفقهية في مثل هذا المصطلح. بيد أن تلك التعريفات لم تسلم من النقد، ولم تخلص من المناقشة وكان الوصول إلى تعريف جامع مانع لتلك الأنماط المتعددة من السلوك أمراً شاقاً[١].

ثانيهما: أن الخطأ يأتلف في ذاته من عنصرين هما: الفعل الخطأ أو السلوك الخاطئ، ومن صدر منه السلوك أو فاعله، والنظر إلى مجرد الفعل الضار اجتماعياً - في ذاته - والذي ينطوي على خطر يهدد الغير هو ما يعرف بالاتجاه الموضوعي وقد وجد صدى كبيراً لدى الفقيه الفرنسي: "ديموج"، الذي يرى أن الخطأ يتكون من عنصرين.

أولهما: موضوعي، يتمثل في الاعتداء على حق الغير.

وثانيهما: شخصي، يتمثل في إمكان توقع الاعتداء من المعتدى بما يعنى اشتراط الإدراك والتمييز لدى الشخص، وإن كانت لا تتعلق بركن الخطأ أو جوهره، لأن أثرها يقتصر على مجرد تحديد ما إذا كان الشخص أهلاً لتحمل المسئولية من الوجهة القانونية أو لا[٢]، وفى مثل هذا المعنى الفقيه: "جوسران"، الذي يرى أن الخطأ يتمثل في الاعتداء الواقع على حق الغير، دون مبرر يدفع الفاعل لارتكابه كحفظ حق أقوى، أو معادل على الأقل[٣]، وقد اقتصر تصوير فقهاء هذا الاتجاه على زاوية التعدي فقط، دون اهتمام بالنظر إلى مسلك فاعل الضرر.

---

(١) في هـذا المعنى: د. سليمان مرقس – دروس لطلبة الدكتوراه في المسئولية المدنية – فقرة ٨٢ – القاهرة ١٩٥٤م، وفي الفقه الفرنسي:

Marty (G) et Raynaud (P): Cours de Droit civil approfondi, les grands arveles, p.385. No 297. Paris 1962.

(٢) Demogué (Rene): Trait des oblgation en general, T.3., No,225, Paris, 1923.

(٣) Josserand: Cours de Droit civil, Positive Francais. 3e, ed; T.2, No 722. Ets. Paris, 1933.

أمـــا النظر إلى شخص الفاعل على نحو يعتد بفكرة الإثم فى الخطأ فإنه يمثل النزعة الشخصية.

ووفقــاً لمقتضـــى هذا الاتجاه يعرف الخطأ بأنه: انحراف الشخص عــن الســلوك المعتاد، الذي يوائم بين سلوك الفرد ومصلحة الجماعة كلها علـــى نحو يقدر به كل فرد منها على ممارسته لحقوقه ، وهذا يعنى – في النهاية – أن كل حق مقيد بواجب لصالح الآخرين.

والســلوك المعــتاد ؛ هنا هو الذي يصدر من شخص معتدل بحيث يمكــن أن يكون مسلكه نموذجاً يحتذي ، ويمثل الخروج عنه خطأ ، فهو لــيس شخصــاً خــارق الذكاء ، شديد اليقظة فيرفع إلى الذروة ، ولا هو محــدود الــيقظة خامل الهمة ، فينزل إلى الحضيض، وإنما له منها القدر الذي يألفه عامة الناس ، فهو الرجل الوسط[1] ، وذلك على نحو ما سنرى.

١٩٨- وهــناك اتجــاه ثالــث فـــي تعــريف الخطأ يجمع بين الاتجاهين الشخصـــي والموضـــوعى، حيــث يأخذ هذا الاتجاه بالنزعة الشخصية في تحديــد الخطــأ ، مع تطعيمها ببعض الأفكار الموضوعية، ويصور الخطأ بأنــه عمــل مخــالف للقانون، أو عمل غير مشروع، فهو لا يتسم بصيغة

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي – تحديد الخطأ التقصيري كأساس للمسئولية في ظل القانون الكويتي والقانون المعاصر – مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي – مجلة المحامي بالكويت – سبتمبر وأكتوبر ١٩٧٨،س ٢ – العددان ٣،٤ – ص ٣١.
د. ســليمان مرقس – دروس لطلبة الدكتوراه – فقرة ١٢٥، وله أيضاً: شرح القانون المدني – جــ٢ – فقرة ٣٦٤، د. أحمــد حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام فى القانون المدني المصري – فقرة ٤٣٣ ، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – فقــرة ٥٤٦، والوســيط للسنهورى – فقرة ٥٢٨، ص ٨٨١، حيث يقرر أن الخطأ في المسئولية التقصيرية إخلال بواجب قانوني ، ثم يرى مع ذلك: أنه انحراف عن السلوك المعتاد بما يوجبه من يقظة وتبصر، وراجع: د. عبد المنعم فرج الصده – مصــادر الالــتزام – ص ٤٥٠ – دار النهضة العربية ١٩٨٤، حيث يعرف الخطأ بأنه: إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكــه لهــذا = = الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانوني ، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٠٦ – دار النهضة العربية ١٩٨٣م.

موضــوعية بحتة بتقريره أن كل فعل يمثل اعتداء على حقوق الغير يكون خاطــئاً، ولا يقتصــر فقــط على تلك الأفعال المخالفة للقانون كما يذهب الاتجــاه الحالــي[1]، وقــد لقــي هذا الاتجاه نقداً كبيراً فيما يتعلق بالفعل المخــالف للقــانون والذي يعتبر الخطأ فعلاً مخالفاً له، وماذا يعنى، ومتى نكــون أمــام مخالفة للقانون؟، وهل هي تتحقق مخالفة القانون فقط عندما يكــون هــناك عمل مخالف لنص واضح في القانون؟، لو كان أمر الخطأ كذلــك لضــاق نطاق الخطأ، واقتصرت المسئولية فيه على نطاق محدود للغايــة، لأن القــانون لا يحظر إلا الأعمال التي تتسم بخطورة جسيمة[2]، ومــن ثــم يظــل التساؤل قائماً بالنسبة لما يعد مخالفاً للقانون ، وما لا يعد كذلــك بالنسبة للأعمال الغالبة التي لا يرد بشأنها نص صريح فيه[3]، ومن ثــم لا تظهــر كفاية هذا التعريف حين يواجه حقيقة الوضع في القانون من حيــث عــدم تضمنه حصراً للأفعال غير المشروعة، كما أن تدخل القانون بالحظر لا يكون مطلقاً، وإنما ليمنع سلوكاً معيناً هو الذي يتسم بالرعونة أو الإهمــال أو عــدم التبصر، ومن ثم يبقى التساؤل قائماً متى نكون قد وقعنا فى المحظور؟[4]، ومن مقتضى هذا التعريف أن من يقوم بعمل مشروع لا يســأل عن نتائج عمله لأنه لن يكون خاطئاً، وهو ما يخالف الحقيقة إذ من المســلم بــه أن الشــخص قد يسأل في حالات عديدة رغم أن الفعل الذي يرتكبه يكون عملاً مشروعاً غير مخالف للقانون، ووفقاً لهذا الاتجاه عرف الأســتاذ: (ســافاتييه) الخطــأ بأنه : إخلال الشخص بواجب قانوني سبق

---

(1) د. إبراهيم أبو الليل – المسئولية المدنية بين الإطلاق والتقييد – ص ٤٧ – دار النهضة العربية.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي – السابق – ص ٢٦.

(3) د. إبراهيم أبو الليل – السابق – ص ٤٨.

(4) د. عبد الفتاح عبد الباقى – المرجع نفسه.

وجـــوده علـــى نحو يمكن تبينه ومراعاته[1]، وهذا التعريف يقتضي مخالفة الواجـــب القانونـــي مـــع إمكـــان إدراك المخالف للواجب على نحو إسناد المخالفـــة ويخـــرج الأشـــخاص الذين لا يعقلون من نطاق المسئولية عن أفعـــالهم[2] ، ومن ناحية الواجب الذي يلتزم به الشخص ، فقد توسع فيه بما يجعله شاملاً للواجب العام المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير[3] ، وهو ما يمثل تقدماً كبيراً نحو الأخذ بالمذهب الموضوعي في الخطأ .

ومـــع هـــذا التشعب في الأخذ باتجاه معين لتعريف الخطأ ، تكثر الملاحظـــات وتـــتعدد المناقشات بما ينعكس على كل اتجاه ، ومع ذلك فإن الوصـــول إلـــى تعـــريف يتلافى معظم تلك الملاحظات ، إن لم يكن كلها، ويســـتوعب جمـــيع خصـــائص الخطأ، بما يحتوي كل سلوك ينطوي على معناه، ليس أمراً متعذراً.

حقيقة الخطأ في اللغة واصطلاح الفقهاء :

١٩٩- الخطـــأ لغـــة: ضـــد الصواب، وهو بمعنى : الذنب ، كما يطلق الخطـــأ، ويـــراد بـــه ما يقابل العمد ، والخاطئ من قصد لما لا ينبغي[4]، والمخطئ في دينه ؛ من سلك سبيل الخطيئة عامداً[5].

---

(1) Savatier (R): Trait de la responsabilite civil en droit Francais, Vol.,2, eme, ed. No.4, ets, Paris 1951.

(2) Savatier: OP.Cit. P.16.

(3) Savatier: OP.Cit. P.41.

(4) مختار الصحاح – ص ١٧٩، لسان العرب – لابن منظور – جـ٢ – ص ١١٩٢ – مادة (خطأ).

(5) القاموس المحيط – جـ١ – ص ١٤.

وفي الاصطلاح القانوني :

٢٠٠- لا تخـــرج فكرة الخطأ عن كونه: إتيان فعل لا يجوز قانوناً ، وإن كـــان ورود تعـــريف لـــه علـــى هذا النحو لا يسلم من النقد، لأنه لم يقدم جديداً[١]، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانوني سواء كان الـــتزاماً بالمعـــنى الدقيق ، أو واجباً عاماً تترتب المسئولية التقصيرية على الإخلال به[٢] ، كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: الإخلال بواجب قانوني يقترن بإدراك فاعله له[٣] ، فكل شخص يلتزم بأن يسلك في المجتمع مسلك الشـــخص الـــيقظ المتبصـــر حـــتى لا يضر بالغير ، فإذا انحرف عن هذا الســـلوك الواجب الاتباع ، وكان مدركاً للخطأ، فإن ركن الخطأ يتحقق في هذه الحالة[٤].

وفـــي الفقـــه الفرنســـي: عرفه الأستاذ "بلانيول" ، بأنه : "الإخلال بالـــتزام سابق"، وقد حاول أن يقدم حصراً بالأعمال التي يعتبر الإخلال بها خطـــأ فى: الامتناع عن الغش، والعنف ، وعدم الالتزام بعمل لا تتوافر فيه قـــدرة القـــيام به، واتخاذ الحيطة في القيام بواجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص[٥].

---

(١) د. السنهورى – الوسيط – جـ٢ – فقرة ٥٢٦، د. محمد على عمران – مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية – ص ١٥٤ – مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٣م.

(٢) د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – جـ٢ – فقرة ٢٤، د. عبد الرازق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإدارية – ص ١٣ – مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣م.

(٣) د. السنهورى – السابق – فقرة ٥٢٧.

(٤) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٣.

(٥) Planiol (M): Etude sur Responsabilite Civil, Revue Critingue Legis et Juris, 1905, p.279.

وهذا التعريف يمتاز بأنه يستوعب الحالات التي يكون الالتزام فيها محـــدداً بـــنص قانوني ، وإن أخذ عليه أنه لا يصلح عندما يكون الإخلال بالالتزام غير محدد، ومع أن حصر الأستاذ بلانيول قد قرر المبادئ العامة لهـــا، بمـــا يخفـــف من وطأة هذا النقد، إلا أنه ربما كان ما قرره في هذا الخصوص ، أقرب إلى تقسيم الخطأ منه إلى التعريف به[1].

أركان الخطأ في فقه القانون:

٢٠١– ومـــن خـــلال تلك التعريفات يبدو أن ، للخطأ ركنين هما: الركن المادي والركن المعنوي.

(١) الركن المادي :

ويتمـــثل فـــي انحـــراف السلوك حين يخرج صاحبه عن الوضع المـــألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها، مما يؤدى إلى التعدي على حق الغير أو مصلحة مشروعة له، فإذا تعمد شخص الإضرار بالغـــير أو أهمل أو قصر دون أن يكون متعمداً، إلا أن فعله قد ترتب عليه ضرر للغير فإنه يكون مسئولاً.

والحـــدود الواجـــب التزامها تعتبر واجبات قانونية محددة ، حيث يفـــرض القـــانون بطـــريق مباشر، وبنصوص خاصة واجبات معينة تلزم المكلـــف بالقـــيام بأعمـــال محددة أو بالامتناع عن أعمال معينة ، فإذا قام المكلـــف بما هو مأمور به ، أو امتنع عما هو منهي عنه، فقد أدى الواجب ولـــم يقع في خطأ ، وإلا كان مخطئاً ، وبالتالي يكون مسئولاً عن الأضرار التي سببها للغير بهذا الخطأ[2].

---

[1] في هذا المعنى: حسين وعبد الرحيم عامر – المسئولية المدنية – السابق – ص ١٤٠ وما بعدها، فقرة ١٩٦.

[2] د. ســـليمان مرقس – الوافي في شـــرح القانون المـــدني – جـــ٢/٢ الفعـــل الضار – القسم الأول – ص ١٨٩ – طبعة ١٩٨٨م، وله أيضاً: ضبط معيار الخطأ – منشور ضمن مجموعة بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية – ص ٣ وما بعدها – طبعة ١٩٨٧م.

ومــن هذا القبيل ما تفرضه لوائح المرور على قائدي السيارات ، مــن واجــب التزام يمين الطريق، وواجب إضاءة السيارات ليلاً ، وواجب اســتعمال آلات التنبــيه عند مفترق الطرق، إلا في أوقات وأحياء معينة ، وواجــب عــدم مجاوزة حد معلوم من السرعة ، وواجب السير في طرق محــددة ، أو في اتجاه واحد ، وكذلك ما تفرضه قوانين العمل أو التوظف من واجبات محددة على عاتق العاملين[1].

ففــي جميع هذه الأحوال يسهل ضبط الخطأ باعتباره إخلالاً بالتزام محــدد قانونــاً، غير أنه يغلب في هذه الالتزامات المحددة أن تكون مقررة بالنســبة إلــى الأحوال العادية، فإذا طرأت ظروف غير عادية ، فإن هذه الظــروف يمكــن أن تؤثر على الخطأ زيادة أو نقصاً، فإذا كانت السرعة العاديــة التــي تحدثــت عنها لائحة السيارات هي السرعة التي يجب عدم تجاوزها في الظروف العادية. فإن ظروف الحال إذا اقتضت سرعة أقل ، تكــون مــراعاة مقتضــيات هذه الحال واجبة، وحينئذ يتعين مدى الواجب بالرجوع إلى معيار الرجل العادي[2].

غير أن قصر دائرة الخطأ على الإخلال بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى إلى تضييق نطاق العنصر المادي للخطأ تضييقاً شديداً مــن شأنه أن يجعل قواعد المسئولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة وما تقتضيه من تعويض في كثير من الحالات الأخرى.

---

[1] نقض مدني من ١٩٦٧/١/٣، مجموعة أحكام النقض – س ١٨، ص ٣٠١١.

[2] حكــم الــنقض الجنائي في ١٩٤٣/٣/١ – المحاماة ٢٥-٥٢/٢٨، وفي حكم آخر لها بتاريخ ١٩٥٧/١/٧م، قضى فيه بأن: السرعة التي تعتبر خطراً على حياة الجمهور وتصلح أساساً للمسئولية في جرائم القتل والإصابة بالإهمال، إنما يختلف تقديرها بحسب الظروف المحيطة بالحادثة والفصل في ذلك هو فصل في مسألة موضوعية، المحاماة ٣٨-٤٩٠-١٨٤.

لذلـك سـرعان مـا سلم بوجوب عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونـية المنصـوص علـيها صراحة ، وبضرورة الكشف عن واجبات قانونـية أخـرى غـير منصـوص عليها ، ويعد الإخلال بها خطأ يستتبع المسئولية والتعويض[١].

الواجبات القانونية غير المنصوص عليها :

٢٠٢ – استتبع عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها صراحة ، ضرورة الكشف عن واجبات قانونية غير منصوص عليها ، وقد ظهرت في هذا السبيل عدة محاولات تستهدف تحقيق ذلك مما أدى لظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى الاستناد إلى المبادئ العامة للقانون:

٢٠٣ – وأول مـن عـنى بتحديد تلك الواجبات على ضوء المبادئ العامة للقـانون: الفقيه الفرنسي: "بلانيول"، فهو بعد أن عرف الخطأ بأنه: إخلال بواجـب قانونـي سابق ، قال: إن المقصود بذلك ليس الإخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب، بل أيضاً الإخلال، بأي التزام من الالتزامات العامـة التـي تقـع على عاتق كل شخص ، والتي لا يحتاج تقريرها إلى نصوص خاصة ، بل تستنبط من المبادئ العامة للقانون، مثل الامتناع عن اسـتعمال القوة ضد الأشياء والأشخاص، والامتناع عن الغش ، والامتناع عـن الوعـد بعمـل لا يقـدر علـيه الإنسـان، والرقابة على الأشخاص والأشياء[٢].

---

[١] د. سليمان مرقس – الوافي – السابق – ص١٩٠.

[٢] Planiol. (M): OP. Cit, p.283, ets.

نقد اتجاه الأستاذ بلانيول :

٢٠٤- بيد أن ما ذهب إليه الأستاذ: "بلانيول" ، لم يسلم من النقد، وأظهر مـا قـيل رداً علـيه: إنه ليس في استطاعة أحد أن يضع بياناً شاملاً لتلك الواجبات، لأنها تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعاً لا نهائياً، وعلـى نحو ما يقول الشهرستاني: إن ما لا يتناهى لا يحصره ما يتناهى ، وهـو لـم يحل مسألة الخطأ وإنما نقل صعوبتها من مرحلة لأخرى ، دون تقريب حلها، وقد أظهر أن تقرير وجود واجـب قانونـي أو عدمه مسألة لا تقـل صـعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ، أو غير خطأ[١]، ثم إن تلـك الواجـبات القانونـية الأربعـة ليست هي كل ما يستنبط من المبادئ القانونية العامة لأنها لا تقتصر عليها، ومن الممكن استنباط غيرها، وقصر الأسـتاذ بلانـيول تلك الصور الأربعة على المبادئ القانونية العامة يجعل فكرته ناقصة ، بل عقيمة مما صرف الشراح عنها[٢]، وجعلهم يلجأون إلى الاستعانة بقواعد الأخلاق.

الاتجاه الثاني : الاستعانة بقواعد الأخلاق :

٢٠٥- ورائـد ذلك الاتجاه هو الأستاذ "سافاتييه" حيث عرف الخطأ بأنه: إخـلال بواجـب قانوني ، كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه[٣]، ثم عرض لتعيين الواجب الذي يعد الإخلال به خطأ فقال: إن هذا الواجب إما أن يكـون منصوصاً عليه قانوناً ، وإما أن يكون ناشئاً عن عقد، أو يكون واجـباً أدبـياً محدداً، أي أنه يأمر بفعل معين ، أو ينهى عن عمل محدد ،

---

[١] في هذا المعنى :
Colin (A). et Copitant (H): Traite de Droit civil, T.2, p.18. Dalloz 1959.

[٢] د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٣.

[٣] Savatier (R): OP. Cit, No 4.

وإمــا أن يكــون هــو الواجــب العام الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بالغير[1].

نقد رأي الأستاذ "سافاتييه":

٢٠٦- وقــد أخــذ على هذا الرأي: **أنه لا يمكن أن** يكون المقصود منه اعتــبار جميع الواجبات الأدبية ، **بما فيها واجبات الإسعاف** والإحسان إلى الغير واجبات يعد الإخلال بها **خطأ مدنياً، فليس** على المحسنين من سبيل ، وهــذا الرأي كسابقه لا يضع معياراً **تتعين** به الواجبات الأدبية التي ترمى إلى هذا المستوى[2].

وفــي محاولــة لــتحديد معيار تلك الواجبات الأدبية، قام الأستاذ "ســافاتييه" بتعييــن الحقــوق التي تعطى لصاحبها تصرفاً يضر بالغير في ممارسته إياها[3] ، وقد أخذ البعض على ذلك التعيين - بحق - أنه لا يمكن الــنظر إلــى تلك الحقوق باعتبارها حقوقاً مطلقة تخول أصحابها فى جميع الأحوال حق الإضرار بالغير، أو حق خرق الواجب العام الذي يقضى بعدم الإضــرار بالغير، وإنما هي في واقع الأمر سلطات تعطى لصاحبها مكنة القــيام بنشــاط معين يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التي يباشر فيها، وباختلاف حقوق الآخرين التي يصطدم بها[4].

الاتجاه الثالث : فكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الإضرار بالغير :

٢٠٧- ويقــوم هــذا الاتجــاه على وجود واجب قانوني عام يقضى بعدم الإضرار بالغير ، أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير، وقد أخذ

---

(1) Savatier (R): OP. Cit, No 6.

(2) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٥.

(3) Savatier (R): OP. Cit, p.36.

(4) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

بهذا الاتجاه: الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى ، ثم عمد إلى تحويره فـيقول: "والرأي الذي استقر فقهاً وقضاءً يقرب معنى الخطأ في المسئولية التقصـيرية مـن معـناه فـي المسـئولية العقديـة، فالخطأ في المسئولية التقصيرية: هو إخلال بالتزام قانوني ، كما أن الخطأ في المسئولية العقدية، هـو إخلال بالتزام عقدي ، والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسـئولية العقديـة ، إمـا أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وإما أن يكون الـتزاماً بـبذل عناية، أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسـئولية التقصـيرية ، فهـو دائماً، التزام ببذل عناية ، وهو أن يراعى الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هـذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز ، بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية[1].

ويقول: فأول خطوة هي أن نحدد الخطأ بأنه: إخلال بالتزام قانوني سابق يقضى بعدم الإضرار بالغير، وهذا الواجب يتحلل إلى عنصرين.

أولهما: الإخلال بحق الغير:

٢٠٨- (أ) وحق الغير الذي يرد عليه الإخلال من المخطئ ، إما أن يكون حقـاً عاما ، والحقوق العامة معروفة في القانون ، وهى العصمة الواجبة للـنفس والعرض والمسكن والمال ، وهى أيضاً: الحريات الفردية ومنها ، حـرية الرأي وحرية الدين، وحرية الاعتقاد ، وهذه الحقوق العامة أوجبها القـانون لكـل إنسـان فمن أخل بحق منها، وأحدث عمله ضرراً تحققت

---

(1) الوسيط – جـ٢ – ص ١٠٨٣ وما بعدها – الطبعة الثالثة ١٩٨١م، ومن هذا الرأي : دوما، وديمولومب، مشار إليهما في د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٩٧.

مســئوليته[١]، فلابد - إذن - من حق يقرره القانون للغير، ويترتب على ذلك ما يأتي:

(١) أن الإخـــلال بمصلحة لا تصل إلى مرتبة الحق لا توجب مسئولية، مـــثل التاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة مشروعة، ولكنه يسبب إفلاسه في هذه الحالة، لا يكون التاجر الأول مسئولاً، لأنه وإن كان قد أضاع على التاجر الثاني صالحاً، فهو لم يخل بحق ثابت له[٢].

(٢) أن الإخـــلال بحق لم يقره القانون لا يوجب مسئولية، ولو كان هذا الحـــق قد قررته الآداب العامة والأخلاق، فمن امتنع عن نجدة شخص وقع فى خطر مع تمكنه من إنقاذه ، لا يكون مسئولاً مسئولية قانونية وإن كانت مسئوليته الأدبية جسيمة[٣].

(ب) أمـــا الإخـــلال بحق الغير فمعناه : الاعتداء على هذا الحق ، ولا يعد العمل الصادر من الشخص اعتداء على حق الغير إذا استطاع هذا الشخص أن يحتمـــي بحق له أقوى من حق الغير، مثال ذلك: شخص يقدم رسالة إلى القضـــاء ، وفى الرسالة مساس بكرامة الغير، ولكن هذا الشخص يستند في تقديم الرسالة إلى أنه يريد أن يثبت بها أمام القضاء حقاً له[٤].

---

[١] حق لو وقع الاعتداء على حق شخصي ، راجع:
السنهورى – للموجز في النظرية العامة للالتزامات – ص ٣٢٣ وما بعدها – طبعة ١٩٣٨.

[٢] المرجع نفسه – ص ٣٢٤.

[٣] المرجع نفسه.

[٤] المرجع نفسه.

ثانيهما : القصور عن عناية الرجل اليقظ:

٢٠٩- ويجب أن يكون الشخص الذي صدر منه العمل فأخل بحق الغير، قـد جانب الحيطة في تصرفه ، وقصر عن عناية الشخص اليقظ، ومعيار الـرجل اليقظ معيار مادي لا شخصي ، فالعناية المطلوبة من الشخص فيما يصدر عنه من فعل لا ينظر فيها إلى شخصه هو ، والى القدر الذاتي الذي يشـتمل علـيه من يقظة وتبصر، بل يرجع في تقديرها إلى معيار شخصي يفـترض فـيه مـن اليقظة والتبصر ، ما يتطلبه حزم التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتبكة ما بين الناس[1].

علـى أن معيار الشخص المفترض لا يجوز أن يكون منعزلاً عن الظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص الحقيقي ، الذي تقدر مسئوليته ، مـثل ذلـك سائق يقود سيارته في طريق مزدحم بالناس ، أو في وقت خيم فيه الظلام ، هذا السائق يطلب منه في تلك الحالة عناية "رجل يقظ"، تحيط بـه ظروف الزمان والمكان التي أحاطت بالسائق وهي ظروف خارجية ، أمـا الظـروف الداخلية الخاصة بالسائق وحده ، كأن يكون رجلاً ضعيف البصـر فـلا يقـام لهـا اعتبار[2]، ونحن نرجح هذا الاتجاه لما يمثله من

---

(1) المرجع نفسه – ص ٣٢٥، وراجع: د. سليمان مرقس – السابق – ص ٢٠٠ وما بعدها، دار النهضة العربية ١٩٧٧م؛ حسن عكوش – المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد – ص ٢٧، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص ١٥، د. عبد الحي حجازى – السابق – ص ٦٤٤ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٤٥٣، د. أنور سلطان – السابق – ص ٣٠٧، وفى هذا: حكم محكمة النقض المدني بتاريخ ١٩٧٨/٣/٦، مجموعة أحكام النقض – س ٢٩-٦٨٦-١٣٤، وقـد قضى بخطأ ربان الباخرة لأنه عرض أجولة الدقيق على رصيف الميناء للتلف، من جراء اندفاع المياه من ماسورة عادم الباخرة، مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف الواجب اتباعه قانوناً طبقاً لنص المادتين (٢،٣) من قرار وزير الحربية رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٢، في شأن القواعد التي يعمل بها في الموانى والمياه الإقليمية.

(2) د. السنهورى – المرجع نفسه.

الوضـــوح الـــذي ييسر التطبيق ، ويستوعب الحالات التي تخضع له كما ، أنه يتلافى كثيراً من الملاحظات التي أخذت على الاتجاهات المخالفة.

حالات الإباحة في الخطأ :

٢١٠- رغــم تقرير تلك المبادئ ، فإن المشرع قد اعتبر الفعل الخطأ غير موجــب للمســئولية بالرغم مما فيه من إضرار بالغير ، وذلك في حالات ثـــلاث هي : حالة الدفاع الشرعي عن النفس ، وحالة تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس ، وحالة الضرورة ، وذلك كما يلي :

أولاً : حالة الدفاع الشرعي :

إذا صدر الفعل الذي يمثل تعدياً على حق الغير من فاعله في حال الدفـــاع الشـــرعي فإنـــه يكون مباحاً ، وذلك وفقاً لما نصت المادة (١٦٦) مدني مصري بقولها : " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفســـه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز فـــي دفاعـــه القـــدر الضـــروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضـــيات العدالـــة " ، ويـــبدو من هذا النص أن الدفاع الشرعي لا يكون مشروعاً على نحو يعفي من المسئولية عن التعدي إلا إذا توافرت شروطه وهي :

(١) أن يكـــون هـــناك خطر محقق يهدد الشخص في نفسه أو ماله أو يهدد شخصاً من الغير في نفسه أو ماله إذا كان عزيزاً على الشخص الأول إلى درجـــة كبـــيرة ، ولا يلزم وقوع الضرر بالفعل ، بل يكفي أن يكون وشيك الوقوع [١] .

---

(١) وفي هذا حكم النقض الجنائي بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٤٢م ، وقد جاء فيه أنه : " لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشـــرعي أن يكـــون قـــد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء ، وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع ، يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة في شأنها أن تبرر ذلك " ، المحاماه ٢٤ – ٩٨ – ٣٢١ .

(٢) أن يكون هذا الخطر عملاً غير مشروع كالضرب والسرقة ، فإذا كان عمـلاً مشروعاً كقيام رجال الشرطة بالقبض على شخص بطريق قانوني ، فليس له أن يقاومهم بحجة الدفاع الشرعي [١] .

(٣) أن يتعيـن الدفاع الشرعي وسيلة لرد الاعتداء على النفس أو المال ، بحيث لا يجد المدافع وسيلة أخرى مشروعه كالاستعانة برجال الشرطة .

(٤) وأن يكـون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لرد هذا الاعتداء دون مجاوزة أو إفـراط ، فـإذا كـان ضرب المعتدي يكفي لرد اعتدائه فإن قتله يعتبر تجـاوزاً لحـد الدفـاع الشرعي ، ومن ثم يعتبر مخطئاً [٢] ، فإذا توافرت الشـروط السـابقة يكون الدفاع مشروعاً ، ويكون الخطأ مباحاً ، لأنه من قبـيل رد الاعـتداء بمـثله ، وهـو مـا يوافق مع مشروعيته من الناحية القانونية، قول الله تعالي : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم .. " [٣] ، وقول الله تعالي : " وجزاء سيئة سيئة مثلها .. " [٤] ، وقد ذهـب جمهـور أهل العلم : إلى أن من رفع صائلاً لا ضمان عليه ، لأن الصـائل يختص بنوع من إسقاط اعتبار إتلافه بسبب عدوانه ، ولأن الدافع محمـول علـى ضربه ليمنعه عن نفسه حماية لسلامته [٥] ، وإن كان أبو حنيفة يرى : أنه يضمن وذلك بناء على قاعدة أن الإضطرار لا يبطل حق الغير في الضمان ، ولذلك وجب على المصول عليه ضمانه [٦].

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٧ ، د. عبد الحي حجازي – ص ٤٤٨ وما بعدها .

(٢) د. عبد الرازق فرج – ص ١٧ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .

(٤) سورة الشورى : الآية ٤٠ .

(٥) راجـع الفروق للقرافي – جـ ٤ – ص ١٨٥ ، المغني لابن قدامه – جـ ١٠ – ص ٣٥١ ، منتهى الإرادات – جـ ١ – ص ٥٢١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٤ – ص ٣٧٥ ، المنتقى للباجي – جـ ٦ – ص ٦٦ ، القواعد الفقهية لابن رجب – ص ٣٧ ، المحلى – جـ ٨ – ص ١٤٥ .

(٦) بدائع الصنائع جـ ٧ – ص ٩١ ، والمادة ٢٣ من مجلة الأحكام العدلية .

ثانياً : حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس :

٢١١- إذا صدر الفعل الضار بالغير من موظف عام تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه فإنه لا يضمنه وذلك وفقاً لما تقضي به المادة (١٦٧) مدني مصري بقولها : " لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه ، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة " ، ويتضح من هذا النص أنه يشترط لكي يكون تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس معفياً من المسئولية توافر الشروط الآتية :

(١) أن يكون الفاعل موظفاً عاماً ، والموظف العام : هو كل من تناط به إحدى وظائف الدولة العامة في نطاق وظيفة إحدى السلطات الثلاث سواء كان مستخدماً حكومياً ، أو غير مستخدم براتب ، إنما يشترط أصلاً أن تكون وظيفته في نطاق شئون الدولة ، ويكون اختصاصه آيلاً بطريق الإنابة ، أو بطريق التعيين على مقتضى أحد النصوص الدستورية أو التشريعية ، أو من المعينين في وظائف حكومية ثابتة إحدى الوزارات أو الهيئات أو المؤسسات العامة ، وإن كان من ذوي المرتبات ، أن يكون مقيداً على إحدى درجات الكادر العام أو ما يقوم مقامه في نطاق ميزانية الدولة [1].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٣٤٤) لسنة (٤) قضائية جلسة ١٩٥٢/٤/٨ ، اختصاص مجلس الدولة – وفقاً لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢ ، إعداد الدكتور محمد ماهر أبو العينين والأستاذ محمد حامد الجمل – الموظف العام فقهاً وقضاء – ص ١٠٩٧ – دار النهضة العربية ١٩٦٩م ، وراجع حكم محكمة القضاء الإداري : في الدعوى رقم (٤٣٢) لسنة (٢) في جلسة ١٩٤٨/١١/٢٤ ، وفي الدعوى رقم ١٩٦٢ لسنة (١٧)ق في جلسة ١١/١٣/

(٢) وأن يكــون قــد قام بالعمل تنفيذاً لأمر صادر من رئيس ولو كان غير مباشـــر تجب طاعته ، وتكون الطاعة واجبة إذا كان العمل مشروعاً ، أو كـــان غـــير مشروع واعتقد الموظف أنه مشروع بناء على أسباب معقولة وليس مجرد الظن .

(٣) أن يثبت الموظف العام أنه قام بالعمل وراعى فيه جانب الحيطة ، ولم يرتكــب العمـــل إلا بعـــد التثبـــت والتحري ، ويتقيد في هذا الأمر بسلوك الموظف المعتاد في مثل موقفه ، فإذا توافرت هذه الشروط ، فإن الموظف بصـــفته مرءوساً لا يكون مسئولاً عن العمل غير المشروع ، وإن كان هذا لا يمـــنع من مساءلة الرئيس الذي أصدر الأمر ، وينطبق على طاعة أمر القـــانون مـــا ينطبق على طاعة أمر الرئيس ، فيكفي أن يكون الموظف قد اعـــتقد بحسن نيه أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين ، أو لما اعتقد أن إجـــراءه داخل في اختصاصه ، وأن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولـــة وأنـــه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ومراعاة جانب الحـــيطة والحـــرص فـــي قيامه به ، وأنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي [1] ، ومما تجدر الإشارة إليه أن الخطأ إذا صدر تنفيذاً لأمر من تجب طاعته ، فإنه يكون معفياً من المسئولية في الفقه الإسلامي ، لقول

١٩٦٧ ، مجموعة المبادئ القانونيـــة التي قـــررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات – ص ٣٠٠ ، مشار إليه في : د. محمد ماهر – السابق – ص ١٩٥وما بعدها .

وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٦٤٨) لسنة (٢) في جلسة ١٩٥٧/١١/٩ ، وفي الطعن رقم (٢٤٤) لسنة (٨) قضائية عليا – جلسة ١٩٦٢/١٢/٨ ، المرجع نفسه – ص ١٩٧ ، وما بعدها .

(١) مصطفى مرعي – المسئولية ص ٦٢ – مطبعة نورى ١٩٣٦ ، والوسيط للسنهوري – جـــ ١ – فقرة ٥٣٣ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٩ – ، د. عبد الحي حجازي – ص ٤٥٢ وما بعدها ، د. محمد على عمران – السابق – ص ١٥٦ ، د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٢ ، د. حسن عكوش – السابق ص ٣٦ ، ومجموع الأعمال التحضيريـــة للقانـــون المدني المصـــري – جـــ ٢ – ص ٣٧٣ ، د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية ص ١٠٩ ، وراجع : حكم النقض الجنائي في ٢٤ /١٩٧٤/١١ المجموعـــة س ٢٥ ، رقم ١٦٣ ، ص ٧٥٦ ، وفي ١٩٦٠/٤/١١ ، المجموعة س ١١ ، رقم ٦٧ ، ص ٣٣٧ ، وفي ١٩٧٧/١/٢ ، المجموعة س ٢٨ ورقم ٢ ، ص ١٤ .

الله تعـــالى : " يا أيها الذين أمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر مـــنكم .. "[١] ، ولما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله – صـــلى الله عليه وسلم – قال : " من أطاعني فقد أطاع الله ، ومن عصاني فقـــد عصى الله ، ومن يطع الأمير فقد أطاعني ، ومن يعص الأميـــر فقد عصـــاني "[٢] ، حيـــث دلت الآية والحديث على أن طاعة الأمير واجبة ، ومع ذلك فإن هذا الوجوب ليس على إطلاقه ، وإنما هو مقيد بشروط منها أن يكـــون للآمر ولاية عليه وأن يكون المأمور به[٣] من الأفعال الجائزة شـــرعاً ، وذلـــك لقـــول رســـول الله - صلى الله عليه وسلم - : " السمع والطاعـــة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية ، فإذا أمـــر بمعصية فلا سمع ولا طاعة "[٤] ، ومن ثم يستبين حدود الطاعة في تنفيذ الأمر .

ثالثاً : حالة الضرورة :

٢١٢- وقد نصت على تلك الحالة المادة (١٦٨) مدني مصري ، بقولها : "مـــن ســـبب ضـــرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به ، أو بغيره ، لا يكـــون ملـــزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً " ، ويتضح من هذا الـــنص أنـــه في حالة الضرورة يباح التعدي ، وهي حالة تواجه الشخص فيضـــطر فـــيها إلى ارتكاب جريمة ، يقال لها : جريمة الضرورة ، درءاً لخطر أو ضرر جسيم يوشك أن يقع ويلاحظ أن هذه الحالة لا تعدم الإرادة

---

(١) سورة النساء : الآية ٥٩ .

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري – للعسقلاني – جـــ١٣ – ص ٩٥ .

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي – ص ١٥٨ .

(٤) صـــحيح الـــبخاري – الـــسابق – جـــ ١٣ – ص ١٠٥ ، ونيل الأوطار للشوكاني – جـــ ٧ – ص ١٧٣ وراجع قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام – جـــ ٢ – ص ٩٤ ، والمحلي لابن حزم – جـــ ١٠ – ص ٤٧١ مسألة رقم ٢٧٠ ، والمغني لابن قدامة – جـــ ١٠ – ص ٣٣٤ .

والاختيار عند من تواجهه ، إذ لا يزال له من الإرادة والاختيار ما يستطيع بهـا أن يفاضل بين تحمل الضرر الذي يتهدده وبين ارتكاب فعل الضرورة تفادياً لذلك الضرر [1].

والفرق بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة :

٢١٣- أنـه فـي حالة الدفاع الشرعي يعتبر الخطر الذي يتهدد المدافع ، اعـتداء غير مشروع على حق الغير ، أي انه يعتبر جريمة ، فيرد المدافع هـذا الاعتداء غير المشروع بفعل لا يعتبره القانون غير مشروع ، أما في حالة الضرورة ، فنجد شخصاً يواجه خطراً يتهدده ، أو يتهدد شخصاً آخر بضـرر جسيم يضطر لكي يتفاداه أن يضحي بحق شخص آخر لا ذنب له ولا جريرة ، ومع ذلك لا يعاقبه القانون الجنائي لانتفاء داعي الردع ، وإن كانت المسئولية المدنية تبقى قائمة لتعويض الضرر [2].

والـتعويض هـنا يجـب أن يكون عادلاً ، والغالب فيه أن يخرج القاضـي مـن نطاق المسئولية المدنية إلى نطاق الإثراء بلا سبب ، فيقدر الـتعويض علـى أسـاس مـا أصاب أحد الطرفين من ضرر ، وهذا هو الافـتقار، أمـا الإثراء فإنه يتمثل فيما عاد على الشخص الآخر من فائدة حصـل علـيها من دفع الضرر ، والتعويض هنا أقل القيمتين : الإثراء أو الافـتقار ، فإذا لم تتوافر شروط الإثراء بلا سبب ، فإن تقدير التعويض يتم علـى أساس فكرة العدالة مجردة عن أية وسيلة أخرى من وسائل الصياغة الفنية كالمسئولية التقصيرية ، أو الإثراء بلا سبب [3].

---

(1) د. عبد الحي حجازي – ص ٤٥٠ ، د. إسماعيل غانم – مصادر الالتزام – فقرة ٨٧٣ .

(2) د. عبد الحي حجازي – ص ٤٥٠ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٠٣ .

(3) د. السنهوري – فقرة ٥٣٤ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٢١ ، د. عبد الحي حجازي – ص ٤٥٢ ، مصطفى مرعي – فقرة ٦٢ ، حسـن عكوش – ص ٤٢ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥، د. أنور سلطان – السابق – ص ٣١٢ ،

الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك) :

٢١٤- لا يكفـــى ركـــن الـــتعدي حتى يقوم الخطأ ، وإنما يجب أن يكون المعتدى مدركاً لما يفعله ، وهو يكون كذلك إذا كان مميزاً يستطيع أن يعي ما في سلوكه من انحراف ، وعلى هذا فلا مسئولية دون تمييز وقد عبرت عن هذا المعنى : المادة (١/١٦٤) مدني مصري بقولها : " يكون الشخص مســئولاً عــن أعمالـــه غير المشروعة متى صدرت منه ، وهو مميز " ، وعلـــى هـــذا فالصبي غير المميز لا يكون مسئولاً أياً كان نوع المسئولية جنائـــية أو مدنية ، وكذلك المجنون المعتوه عتهاً تاماً، وكذلك من فقد رشده بســـبب عـــارض مؤقت ، كالسكر أو الغيبوبة ، أو التنويم المغناطيسي أو الصـــرع ، فهـــؤلاء لا ينســـب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم[1]، وبشرط ألا يكون انعدام التمييز راجعاً إلى خطئهم[2].

وإذا كان هذا هو المقرر في القانون المدني ، فإن الأمر يختلف في الشـــريعة الإســـلامية ، فهي تقيم المسئولية المدنية على أساس تحمل التبعة في هذا الشأن ، لا على أساس الخطأ ، وقد نصت على ذلك المادة (٩٦٠) من مجلة الأحكام العدلية ، فقالت : إذا أتلف الصبي مال غيره ، فإنه يلزمه الضـــمان من ماله ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن ولـــيه" ، وبالـــرغم من أن النظرية المادية في المسئولية التقصيرية ، تأخذ بـــالحكم المقرر في الشريعة الإسلامية، فتقيم المسئولية المدنية، على أساس

حسين عامر في المسئولية المدنية – ص ٢١٩ – طبعة ١٩٥٦ ، د. سليمان مرقس – الوافي – ص ٢٨٦ ، د. توفيق حسين فرج – النظرية العامة للالتزام – جـ ١ ص ٣٧٨ .

(١) د. السنهورى – الوسيط – السابق – فقرة ٥٣٥، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٢.

(٢) د. أنـــور سلطان – السابق – ص ٣١٥، وقد توسع القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى حد تقرير مسئولية المجنون إذا كان الجـــنون راجعاً إلى الإدمان على السكر أو الفجور، وراجع: د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٥، والسنهورى في الوسيط – فقرة ٥٣٩.

مــبدأ تحمل التبعة، والذي يقيم المسئولية - بدوره - على أساس الضرر ، لا الخطــأ ، وأن كــل ضرر يجب تعويضه دون نظر لما إذا كان المتعدى مدركاً أو غير مدرك ، وأنه ليس من العدالة أن يعفى من المسئولية الصبي غــير المميــز إذا كــان واسع الثراء وأحدث ضرراً بفقير معدم، وقد تأثر القانون المدني المصري باتجاه القوانين الحديثة في هذا الشأن ، بالرغم من أن المســئولية فــي نظره تقوم أساساً على الإدراك والتمييز ، فجعل عديم التميــيز مســئولاً فــي حالة خاصة ، نصت عليها المادة (٢/١٦٤) مدني مصــري بقولها : " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكــن هــناك مــن هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم".

٢١٥- ولمــا كــان الأصل وفقاً للمادة (١/١٦٤) مدني مصري ، هو أن عديــم التميــيز كالصبي غير المميز الذي لم يبلغ سن السابعة، والمجنون والمعــتوه عــتهاً كاملاً يعتبر - بحسب الأصل - غير مسئول عن تعويض الضــرر الناشــئ عن أفعاله التي يرتكبها ، إلا أن المشرع قد أجاز الحكم علــيه بالــتعويض وفقــاً للمادة (٢/١٦٤) مدني مصري ، لا على أساس الخطــأ، وإنمــا على أساس مبدأ تحمل التبعة ، إذا لم يتمكن المضرور من الحصــول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التمييز كولــيه أو وصــيه، وذلك لإعساره ، أو إذا لم تتحقق مسئوليته لقيامه بنفي الخطــأ فــي رقابــة عديم التمييز، ففي هذه الحالة يجوز الحكم على عديم

التميـيز بـتعويض عادل تراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين ، وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن[1].

مسئولية الشخص المعنوي :

٢١٦ – لـيس للشـخص المعنوي إدراك أو تمييز ، ولكنه يمارس نشاطه بواسـطة ممثلـيه ومن ثم فإن أخطاء هؤلاء الممثلين يمكن أن تنسب إلى الشـخص المعـنوي ذاته وينصرف أثرها إليه ، وتتحدد مسئولية الشخص المعنوي بالأخطاء التي يرتكبها هؤلاء الممثلون عند قيامهم بإدارة شئونه ، أو بما يقومون به من نشاط لحسابه ، وفي حدود الاختصاص المخول لهم، أمـا في خارج هذه الحدود ، فإن هذه الأخطاء تكون هي أخطاء الشخص الطبيعـي ، ولا تنسـب إلى الشخص المعنوي الذي يقوم بتمثيله ، فإذا وقع الخطـأ مـن طبيـب يعمـل بمستشفى حكومي ، فإنه يكون مسئولاً بصفة شخصية ، بشرط أن يكون مدركاً ومميزاً ، وتسأل الدولة عنه بصفة تبعية طـبقاً للأحكام المقررة في مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، أما إذا وقع الخطأ من إحدى الهيئات المسيطرة على الشخص المعنوي ، كمجلس إدارة الشـركة أو جمعيتها العامة فإنه لا بد من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعـنوي ذاته الذي لا يتصور منه الإدراك والتمييز ، وفي هذه الحالة فإنه يكفـي لـتحقق مسئوليته توافر العنصر المادي في الخطأ ، وهو التعدي أو الانحراف ، دون اشتراط العنصر المعنوي وهو الإدراك والتمييز [2].

---

[1] د. عبد الرازق فرج –ص ٢٣، د. أنور سلطان – ص ٣١٦، د. عبد المنعم فرج الصده – ص ٤٥٨ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – الوافي – ص ٢٥٠ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب – ص ٣٥٤.

[2] د. السـنهوري – الوسيط السابق – فقرة ٥٤١ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٤ ، د. عبد المنعم فرج الصده – ص ٤٦٢ وما بعدها ، د. أنـور سلطـان – ص ٣١٧ وراجع في تفصيل ذلك الموضوع ، د. سليمان مرقس – الوافي – ص ٤١٤ وما بعدها .

تطبيقات عملية للخطأ :

٢١٧- وتطبيقات الخطأ في الحياة العملية كثيرة ومتنوعة ، لا يتسع المقام للإسهاب في عرضها ، ولهذا فإننا سوف نقتصر على الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات ، ومنها : الخطأ في العدول عن الخطبة ، وفي انتحال المؤلفات ، وفي حوادث النقل ، وحوادث العمل ، والخطأ المهني للأطباء وغيرهم .

أولاً : الخطأ في العدول عن الخطبة :

٢١٨- والخطأ في العدول عن الخطبة ، ليس ناشئاً عن العدول، لأن العدول حق لا يترتب عليه أي أثر من جهة الضمان - كما رأينا - ولكنه ضرر مقارن له ، أو مصاحب للعدول ، دون أن يكون وصفاً له ، كما يجب أن تتوافر فيه شروط المؤاخذة، ومنها أن لا يقوم بالمخطئ سبب من أسباب الإعفاء من المؤاخذة على الخطأ ، وينبغي بيان ذلك :

أولاً : أن يكون الضرر مصاحباً للعدول لا ناشئاً عنه :

٢١٩- في مجال الخطأ المتعلق بالتعويض عن العدول يجب أن يكون ذلك الخطأ مصاحباً للعدول وليس ناشئاً عنه ، وبتعبير آخر ينبغي أن يكون الخطأ مقترناً بالعدول ، وليس متلبساً به ، والاقتران يعني وقوع الخطأ في الفترة الزمنية التي يقع فيها العدول أو بعده بفترة لا تنفي عنه وصف الاتصال به ، أو لا تنقطع فيها الصلة بينهما ، والمراد بالصلة هنا أن يكون العدول بعد وقوعه أو حال وقوعه باعثاً لارتكاب الخطأ بحق الطرف الآخر، بحيث يجنى ذلك الخطأ انعكاساً لحنقه عليه وغيظه منه ، وكاشفاً عن الرغبة المستكنة بين الجوانح في الانتقام منه والكيد له ، لأن العدول في ذاته يهيئ بيئة صالحة لارتكاب مجموعة من الحماقات التي أصبحت من عادات الناس في ظل أعراف انحسرت فيها القيم ، وانزوى منها الأدب

وأصبح العيب طاغياً وذا حضور على ساحة الحياة ولم يعد يبقى للود أثر، وذلك من شأنه أن يكون باعثاً على الخطأ ومذكراً به.

وفـــي هـــذا تقول محكمة النقض: إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الـــزواج ، وهـــى لا تقيد أحد المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقـــت شاء ، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحـــرية في مباشرته ، لما للزواج من خطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعـــدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتهما أفعال مستقلة عـــنهما اســـتقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً وأدبياً بـــأحد المتواعديـــن ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلـــك على أساس أنها في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض[1].

وقـــد يتخذ ذلك الخطأ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على مخطوبته فيـــنال بتلك الإشاعة من سمعتها ، كأن ينسب لها مرضاً عضالاً يجعل من يعلـــم بـــه ينفر منها ولا يفكر في الاقتران بها ، أو أن يدعى أن لها رائحة كـــريهة لا يطـــيقها من يقترب منها ، أو أنها لا تتحوط فيما يتعلق بسمعتها وشرفها ، أو أنها لا ترد يد لامس، أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بسمعة المخطوبـــة وخصوصيات حياتها ، وقد يكون الخطأ متعلقاً بأهل المخطوبة قصداً لتأثرها به وامتداد الأذى إليها من خلاله ، حيث لا يخفى صلة الأهل بســـمعة الفتاة في مجال الروابط الاجتماعية ، إذ أنهم يشكلون ميزة الحسب التـــي تنكح من أجلها المرأة ، فإذا طعنت تلك الميزة بما يجرحها ، ويذهب

---

(1) نقض مدني في ١٩٣٩/١٢/١٤، مجموعة عمر ٣-١٤-٣٠، والمحاماة ٢٠-٢٩٣-٧٦٠.

قيمتها في حياتها يكون في ذلك أبلغ الضرر لها ، ومن أمثلة ذلك أن يرمى أهلهـا ، بأنهم بخلاء ، أو أنهم لا يتورعون من ارتكاب الفواحش ، أو أن عيشتهم من مال حرام ، أو ينسب لأحدهم جريمة مخلة بالشرف والاعتبار أو غير ذلك من النعوت والأوصاف المقززة ، التي تجعل ضحيتها عرضة للاحتقار الاجتماعي والمعرة بين الناس ، فإن كل تلك الأمثلة وغيرها تمثل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة كما تمثل خطأً قائماً بذاته.

وقــد يكون الخطأ في جانب المخطوبة ، حين تتسبب لمن عدل عن خطبتها ما يسئ إلى سمعته ، أو يحقره بين قومه وذويه ومعارفه ، ويجعل الناس يفرون منه ، فإن الخطأ يكون متوافر بجانبها ويكون وجوده عنصراً من عناصر المسئولية عن التعويض.

معيار تقدير الخطأ شخصي :

٢٢٠- ومعيار تقدير الخطأ فى مجال العدول عن الخطبة معيار شخصي وهذا يتضح جلياً من وجهين:

أولهمـــا: أن الــذي يقــدر الخطــأ ويستشعر وجوده ويتقدم للقضاء طالباً الــتعويض عـــنه، هو من حل به ذلك الخطأ ، أو المضرور منه ، ذلك أن حق التقاضي عما يصيبه من الضرر ، إنما هو خالص حقه ، ومن ثم كان المعـــول عليه في وجود السبب الداعي لهذا التقاضي راجعاً إليه وحده ، ثم إنّ وقـــع الخطـــأ وألمه إنما يصيب من وجه إليه ، ومن شأن المصاب أن يـــبدى ما يعبر عن ألمه ، فإذا سكت عما وجه إليه من إهانات أو تغاضى عنه ، أو آثر العفو والسماح مفوضاً أمره إلى الله يكون ذلك شأنه.

وتقدير الأذى في الخطأ لا يشعر به غير صاحبه، من خلال تقدير شخصـــي يـــنفرد بـــه ويستقل فيه وحده ، فقد يكون في إسناد وصف (ما)

لشخص ميزة له ، لكنه يرى أن إعلان تلك الميزة ضار به ، أو ليس في صالحه ، وذلك كمن يصف شخصاً بأنه أكول في مجال إظهار كرمه وعدم حرصه على المال إلى درجة التقتير على نفسه ، إلا أن ذلك الوصف يمكن أن يؤذيه ، من جهة ما قد يسببه له من خجل عند الاجتماع على الطعام في الضيافة أو مع أقاربه أو زملائه، ومثاله من يصف شخصاً بالبذخ ، فإن ذلك الوصف قد يراه الواصف كرماً ، وقد يراه الموصوف سفهاً ، ومن ثم كان مناط التقدير له .

وأساس ذلك أن حق الإنسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثل حقاً قائماً بذاته وعنصراً في إبراز كيانه، وذلك الحق يجب أن يحمى بدون توقيف على غير ما يراه صاحبه ، ولذلك قيل : إن لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذي أقام بالمنزل وهو خال من أهله ، حتى ولو لم يترتب على إقامته ضرر ، بل حتى إذا ترتب على تلك الإقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته[1].

وهذا المعنى في التقدير يتفق مع اتجاه التشريع الإسلامي ، وهو ما يفهم من حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الغيبة ، حيث جعل مناط التأثيم فيه كره المغتاب لما ذكر به ، فقد روى أبو هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " أتدرون ما الغيبة ؟، قالوا الله ورسوله أعلم ، قال : ذكرك أخاك بما يكره ، قيل : أفرأيت إن كان في أخي ما أقول؟ ، قال : إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وإن لم يكن فيه فقد بهته[2]"، فقد دل هذا الحديث الشريف على أن مناط التأثيم في ذكر ما

---

(1) د. عبد الحي حجازي – نظرية الحق في القانون المدني – ص ٢٧ – مكتبة سعد عبد الله وهبة، د. حسام الأهواني – نظرية الحق – ص ٩٢ – طبعة ١٩٧١، د. حسن كيرة – السابق – ص ٥٥١، د. سعيد جبر – النظام القانوني للاسم المدني – ص ٩ – دار النهضة العربية ١٩٩٠.

(2) أخرجه مسلم ، راجع : سبل السلام للصنعاني – جـ٤ – ص ٣٧٩ وما بعدها.

ينسب للإنسان مستهدفاً تلويث سمعته وشرفه واعتباره كالغيبة والسب والقذف، والإشاعات الكاذبة وغيرها، متعلق بالمعتدى عليه ، بحيث يكون تقديره لتأثير الأذى الواقع عليه راجعاً إليه وحده، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : ذكرك أخاك بما يكره ، حيث أضاف الكره إليه هو، فدل ذلك على أن المعول عليه في تقديره مرجعه إليه.

ثانيهما: أن الناس يتفاوتون فهماً ومنزلة وبيئة ، فمنهم الشريف والخسيس، ومنهم الرفيع والوضيع ، ومنهم التقى والسوقي ، وما يسيء إلى شخص ربما لا يسئ بالضرورة إلى الآخر، وما يراه شخص ماساً به ، وطاعناً لشرفه قد يراه شخص غيره أمراً عادياً يضحك له ويبتسم في بلاهة بسببه، ومن الناس من يعتبر سبه على الملأ أو عن طريق النشر شهرة له وذيوعاً لاسمه ، ومنهم من يعتبره تشهيراً وإهانة على الملأ ، لهذا ؛ ونظراً لاختلاف الإفهام والبيئات والمنازل الاجتماعية ، كان لابد من الأخذ في تقدير الخطأ من جهة وجوده ومقداره بالاعتبار الشخصي ، بحيث يراعى القاضي في تقديره كل حالة يثار فيها موضوعه على حدة.

ثانياً: أن يكون الخطأ فعَّالاً:

٢٢١- والخطأ الفعّال هو الذي لا يقوم به سبب من أسباب الإعفاء التي يمكن أن يعتصم بها المخطئ من مساءلته عنه ، ويمكن إبراز فكرة الخطأ الفعال في العدول عن الخطبة من خلال بعض الأمثلة التي تدل عليها ، مثل تفريط المعتدى عليه في حق نفسه ، ورضاه بما وقع عليه من خطأ، ودفاع المخطئ عن نفسه في حالة رد الاعتداء ، أو أن يكون التعدي

صادراً بغرض المحافظة على مصلحة عامة ، كالتبليغ عن الجرائم أو دفع خطر عام عن المجتمع، ونود أن نبين ذلك :

(١) تفريط المعتدى عليه في حق نفسه:

إذا فــرط المعــتدى عليه في حق نفسه وسكت عما يوجه إليه من خطــأ ، فإنــه لا يلومــنّ إلا نفسه ، وليس من المطلوب أن يكون المجتمع أحــرص على حقوق الشخص من نفسه، فمن تحدث عن نفسه حديث سوء يــتعلق بفعــل فــاحش ســتره الله فيه ، ثم فضح ستر الله وعمل هو على الإضــرار بنفسه، فلا يكون من المستساغ أن يلام الطرف الآخر إذا تحدث بما تحدث به صاحب الشأن عن نفسه ، لأن من فرط في حق نفسه لا يلوم غــيره إذا فرط فيه ، والبادي أظلم ، وكيف نؤاخذ شخصاً على فعل لم ير صــاحب الشأن به ما يقتضي المؤاخذة عليه ، أو الحساب عنه ، بدليل أنه هو نفسه قد فعله ، ولا يمكن أن يكون قد فعله قصداً للعنت وزجاً بنفسه في أتــون المساءلة ، ومن هــذا القبيل أيضاً أن يسمــع الخطأ الذي وقع عليه أو يــراه ثم يسكت ولا يعبر عن ضجره منه أو عدم رضاه عنه ، ويحسن بيان ذلك :

(أ) حديث المعتدى عليه عن نفسه:

لدى بعض الناس تفريط كبير في حق أنفسهم ، بمقتضاه لا يتهيبون أن يفعلــوا ما يضر بهم ؛ ومن هؤلاء الناس صنف يعمل الفاحشة في جنح الظــلام أو بين حوائط أربع أو خلف أبواب مغلقة لا يراه فيها أحد غير الله ولا يعلــم عما فعله أحد سواه ، والستر من الفضائح نعمة من أجل نعم الله على الإنسان ، لأنه يحفظ هيبته ، ويبقى رزقه ، ولا يجعل الناس ينفضون عــنه خوفــاً من تلوث سمعتهم من الاحتكاك به ، لكن تلك النعمة قد تكون مجحــودة لدى بعض الحمقى ممن لا يعرفون قدرها ولا يدركون أبعادها،

فإذا ما سترهم الله عز وجل ، إذ بهم يفشون هذا الستر ويفضحون أنفسهم، وقـد يكـون ذلك الحديث عن النفس من باب الزهو بالحرام وإظهار مدى قدرتهـم علـى إعادة ممارسته ، أو يكون من قبيل المزاح واللهو والتحدث بمـا خاضوه من تجارب ، وهذا النوع من التفريط في حق النفس لا يعرف جـريمة بعيـنها أو مخالفة محددة ، فقد يكون تحدثاً بالسرقة ، أو الزنا أو القتل أو الرشوة أو السطو المسلح أو الخطف أو الاختلاس أو الهجوم على المـنازل لـيلاً ، فإن كل تلك الموبقات يمكن أن تكون موضع حديث عن الـنفس مـن قبل أولئك المجرمين الذين تورطوا فيها ، فلو حدث ذلك من خاطـب ، أو مـن أحد أولئك الذين يمتد عارهم إليه من أهله وأقاربه ، ثم حكاه الطرف الآخر أو نقله كما سمعه أو أخبر به أو شهد به شهادة تسامع وحكاية ، فلا يستساغ قيام المساءلة بحقه في تلك الحالة.

(ب) الرضا بوقوع الخطأ :

ومن صور التفريط في حق النفس أن يرضى المعتدى عليه بوقوع الخطأ من الآخر، وهذا الرضا قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً.

والرضـا الصريح يتمثل في صدور العبارات الدالة على وجوده أو مـا يقـوم مقامها ، بحيث يمثل ذلك نوعاً من التصريح للمخطئ بممارسة الفعـل، وهـذا الـنوع من الرضا وإن كان نادر الوقوع ، حيث يقل - في العـادة - وجود من يصرح لغيره بفعل ما يمثل خطأ بحقه ، إلا أنه مع تلك الندرة لا يستبعد وجوده، وذلك في بعض الحالات التي قد يرى من يقع منه ذلـك فيها مصلحة له تربو في نظره على مصلحة منع الخطأ ، فقد يصرح طـرف للآخر بأن يتحدث عن ظروفه الصحية الحرجة ، أو حالته النفسية المضـطربة ليسـتدر بذلك عطف من بيده مصلحة له ، أو لديه خدمة يود

حصـــولها مـــنه ، ومن هذا القبيل الحديث عن كوارث العائلات ، أو محنة بعض الأفراد وصولاً إلى هذا الغرض.

بيد أن أكثر صور الرضا وقوعاً في مجال الخطأ الناشئ عن فسخ الخطــبة ، هــو الرضـــا الضمني ، والرضا الضمني يتمثل في أن يكون المعــتدى عليه في وضع لا تدع ظروف الحال أدنى شك في رضاه بما يقع عليه ، أو بما يدور حوله ، وذلك كان يسمع ذكر مساوئه بنفسه ثم يسكت ، أو يقـــرأ الفضـــائح المنشورة عنه في أحد الجرائد أو المجلات ولا يحرك ســـاكناً أو يكتفـــي بمط شفتيه ، أو أن يقول : سامحهم الله ، أو أن يفوض أمـــره إلـــى الله ، أو غير ذلك من المواقف والعبارات ، أو حتى الإشارات التـــي تدل على أنه غير مكترث بالتعدي أو مهتم به ، أو ليس له رغبة في التقاضـــي بشـــأنه ، وفى مثل هذه الحالة لا يكون الخطأ الواقع من الطرف الآخـــر محل مساءلة ، لأن الحق حقه ، وقد تنازل برضاه عنه ، والمساءلة لا تقوم مع الرضا والتنازل .

(٢) دفاع المخطئ عن نفسه :

٢٢٢- قـــد يقتضـــي دفاع المرء عن نفسه أن يذكر بعض الأمور التي قد تنطوي على إساءة لغيره ، وقد يكون ذلك في مجال رد الأخطاء التي يريد الطرف الآخر أن يلصقها به لينال منه أو يتعدى على عرضه وشرفه ، ولا تثريـــب علـــى الإنسان إذا هو رد على من يسيئ إليه بمثل ما أساء ، وإن كان جانب العفو أفضل ، إلا أن اعتبار الكرامة وغيرة الإنسان على شرفه يـــبرزان ذلك الرد ، بل ويجيزانه ولهذا كان تنظيم الشارع الحكيم لهذا الرد مـــتفقاً مـــع الفطرة ، ومنسجماً مع ما استقر في الطبيعة السوية من خوف على العرض ، وضجر من الضيم ، وصدق الله العظيم حين قال: "لا يحب

الله الجهــر بالسوء من القول إلا من ظلم[1]"، فقد بين هذا القول الكريم أن للمظلوم أن يرد الظلم عن نفسه ، وأن يقاوم الأذى بمثله ، ولا تثريب عليه إذا هو فعل ذلك ، لأن الإذن ينافى الضمان .

وينبغي - بداهة - لتوافر الإباحة فى الخطأ هنا أن يوجد شرطان:

أولهما: أن يكون فعل المخطئ مسبوقاً بالخطأ والتعدي من الطرف الآخر، فإذا لم يكن مسبوقاً فإن الخطأ يكون تعدياً خالصاً ، ولا تتوافر فيه ظروف الإباحـــة ، وهـــذا الشـــرط وإن كـــان مفهوماً من أدلة الشارع التي أباحت للمعـــتدى علـــيه ، أن يـــرد على التعدي بمثله ، وذلك في قول الله تعالى: "وقـــاتلوا فـــي سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا[2]"، وقوله تعالى : "ولا تقـــاتلوهم عـــند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ، فإن قاتلوكم فاقتلوهم ، كذلـــك جـــزاء الكافرين[3]"، حيث أفاد هذان القولان الكريمان وغيرهما أن المعـــتدى عليه يجوز له أن يرد على التعدي إذا وقع عليه ، وهذا ما دلت علـــيه السنة الصحيحة، وذلك فيما روى أبو هريرة - رضى الله عنه قال: " جـــاء رجـــل إلـــى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله: أرأيـــت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ ، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلنـــي؟، قـــال: قاتلـــه، قال: أرأيت إن قتلني؟، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيـــت إن قتلته؟، قال هو في النار[4]"، حيث أفاد ذلك الحديث ، إباحة قتل مـــن يـــبدأ الإنسان بالقتال ، وفى هذا يقول الإمام النووى: "المسلم بإسلامه محـــترم فـــي ذاته كلها ديناً ودماً وأهلاً ومالاً وعرضاً ، ولا يحل لأحد أن

---

(1) سورة النساء - آية ١٤٨.

(2) سورة البقرة - من الآية ١٩٠.

(3) سورة البقرة - من الآية ١٩١.

(4) صحيح مسلم - جـ١ - ص ١٢٤ - الطبعة الأولى سنة ١٩٥٥م - دار الكتب المصرية.

يعـــتدي عليه فيها ، فإذا أريد شيئ من ذلك منه جاز الدفع أو وجب عليه، وذلـــك علـــى اختلاف بين العلماء فيما يراد منه من دم أو مال أو دين أو أهل[1]".

أقول : وإذا كان ذلك هو اتجاه الشارع الحكيم الذي دل عليه كتابه الكريم ، وسنة نبيه العظيم محمد - صلى الله عليه وسلم - فإن اتجاه القانون لا يبعد عن هذا ولا يخالفه وهو ما يفيده نص المادة (١٦٦) مدني مصري ، الـــذي يقول : "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو مالـــه أو عـــن نفس غيره أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالـــة " ، فإن مجال إعمال هذا النص يقتضي سبق وقوع التعدي ، وإلا لمـــا كـــان دفاعاً، وأساس ذلك، أن سلطات الأمن في الدولة ليست موجودة فـــي كل مكان ، وعلى الإنسان أن يحمى نفسه إذا انعدمت حمايتها ، ومن أول واجبات الإنسان أن يحمى نفسه بنفسه إذا انعدمت حمايتها .

ثانيهما: أن يكون الدفاع بقدر التعدي :

٢٢٣- وذلـــك ما تفيده أدلة الشارع الحكيم ، حين قال:" وجزاء سيئة سيئة مـــثلها[2]"، حيث جعل التماثل وصفاً في الجزاء ، فدل بذلك على أنه شرط فـــيه ، وقولـــه تعالى : " وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا"، حيث جعل ردّ القتال بمثله ونهى عن الزيادة في الرد ، وسماها تعدياً منهياً عـــنه ، فـــدل ذلك على وجوب التماثل ، لأنه هو الذي يدفع ذلك التحريم ، وما يدفع التحريم يكون واجباً.

---

(١) شرح ابن العربي على صحيح الترمذي – جـــ٦ – ص ١٨٩ وما بعدها.

(٢) سورة الشورى – من الآية ٤٠.

وهــذا الذي تفيده تلك الأدلة، هو ما يستفاد من نص المادة (١٦٦) مدني مصري سالفة الذكر، حيث قيدت الدفاع الشرعي عن مصالح الإنسان بمــا لا يجاوز القدر الضروري ، والقدر الضروري هو ما يدفع التعدي ، وما يدفعه يكون مثله فإن زاد وجب الضمان فيما زاد.

(٣) أن يكون إتيان الخطأ لمصلحة عامة :

وقــد يكــون إتيان الخطأ حاصلاً في سياق المحافظة على مصلحة عامــة توجبه ، وذلك كما لو كان الخطأ إفشاء لجريمة يتعين الإبلاغ عنها، أو أداء لشهادة أمام القضاء يجب عليه أداؤها ، أو حماية للمجتمع من وباء خطــير ، أو مرض معد تحتم المصلحة العامة إبلاغ الجهات المعنية عنه، حــتى يتســنى لهــا اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية منه ، فإن هذه الحالات وأمــثالها يكــون إتيان الخطأ في وجودها سبباً للإعفاء من المساءلة عنه، لــرجحان المصــلحة فيها على جانب المفسدة الناشئة عن الخطأ المقترف بحــق الفــرد ، ومــن المعلوم بداهة من قواعد الفقه الكلية ومبادئ القانون المرعــية ، أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة [1] ، ومن ثم يئول الاحتكام لها ، وتحديد مبادئ المسئولية عن الخطأ من خلالها.

ثانياً : الخطأ في مجال انتحال المؤلفات :

٢٢٤- الخطأ في مجال انتحال المؤلفات العلمية لا يخرج عن المعنى العام للخطــأ الــذي عني به فقهاء القانون ، كإخلال بواجب قانوني من شخص توافــر لديــه التمييز ، ولكن في نطاق التعدي على المصنفات المحمية قد يكــون خطــأ عقدياً ، وقد يكون خطأ تقصيرياً ، وهو يكون عقدياً إذا كان الاعــتداء قــد وقع على حق المؤلف ، من جانب من أحال له الحق المالي

---

(١) راجع : الأشباه والنظائر لابن نجيم - ص ٨٧ - طبعة الحلبي سنة ١٩٦٨م ، ونص القاعدة : يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام ، وراجع القواعد الفقهية للندوى - ص ٣٨٥ - دار القلم بدمشق .

كالناشر ، أو أي شخص ارتبط مع المؤلف بعقد يتعلق باستغلال المصنف ، كما يكون تقصيرياً إذا كان الاعتداء الواقع على حق المؤلف قد تم بواسطة شـخـص لا يرتـبط مـع المؤلـف بأي تعاقد يتعلق بنشر المصنف أو اسـتغلاله [١] ، وفي هذه الحالة يجب على المؤلف أن يقوم بإثبات الخطأ ، إذ أن خطأ المدين لا يفترض فيها [٢] ، وقد قضت محكمة النقض المصرية فـي ١٩٦١/١٠/٢٦ بـأن للمؤلـف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً وبالطـريقة التي يراها فلا يجوز لغيره هذا الحق بغير إذن منه ، وإلا كان عمله عدواناً على الحق الذي اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالاً به ، ومن ثـم يكـون غـير مشروع ، وخطأ يستوجب مسئولية فاعلـة عن الضرر الناشئ به [٣] .

أمـا بالنسبة للمسئولية العقدية فيفرق بين حالة العقد الذي لم يشتمل على غرر في تنفيذه ، وفي هذه الحالة يكون الخطأ مفترضاً من عدم التنفيذ فـي ذاتـه ، والعقد الذي اشتمل على غرر وفي هذه الحالة يكون المؤلف ملـتزماً بإثـبات الخطأ [٤] . ونرى مع جانب من الفقه - بحق - أن عملية الإثـبات قـد تكـون سـهلة بسيطة ؛ كإثبات المؤلف أن الناشر قد خالف الـتزاماته بطـبع المخطـوط طـبعاً أميناً ، وفي هذه الحالة يكفي مقارنة المصـنف المطـبوع بالمصنف الأصلي ، وقد تكون تلك العملية في غاية الصـعوبة ، كما في حالة إثبات خروج المحرر عن مهمته الأساسية ، وأن

---

(١) د. عبد الرشيد مـأمون – الحق الأدبي للمؤلف – ص ٤٥٦ .

(٢) حكم محكمة السيدة زينب الجزئية في ١٩٣٤/٢/٢٥ ، المحاماه س ١٤ – ص ٥٧٨ ، رقم ٣٠٤ .

(٣) مجموعة المكتب الفني – س ١٢ – ص ٦٠١ ، رقم ٩٣ ، وحكم النقض المدني في ١٩٦٤/٧/٧ ، المجموعة السابقة – س ١٥ – ص ٩٢٢ ، رقم ١٤١ .

(٤) د. عـبد الرشيد مأمون – السابق – ص ٤٥٧ ، وفي المعنى : د. أبو اليزيد المتيت – حقوق المؤلف الأدبية وفقاً للقانون (٣٥٤) لسـنة ١٩٥٤ – ص ١٣٣ – القاهـرة ١٩٦٧ ، وراجـع كتابنا : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون – ص ١٢٦ وما بعدها – دار النهضة العربية ١٩٩٠م .

التعديلات التي أضافها قد شوهت العمل الأصلي تماماً [1] ، إن الخطأ في مجال انتحال المؤلف يتمثل في الإخلال بما يوجبه القانون لحق المؤلف الأدبي من حماية تقتضي أن ينسب مؤلفه له ، وأن يذكر اسمه على مصنفه عند نشره أو الاقتباس منه أو الرجوع إليه ، أو المساس به على نحو ينال من الحقوق الأدبية المقررة له وفقاً للقانون .

ثالثاً : حوادث النقل :

٢٢٥- بقدر ما تتعدد وسائل النقل وتنتشر ، تتعدد حوادثه ، وتتنوع مخاطره ، وتعتبر حوادث النقل ، وحوادث العمل من أهم الحوادث وأبلغها أثراً في تطور نظام المسئولية التقصيرية ، حتى وصل إلي ما هو عليه الآن من أهمية واتساع .

وفيما يتعلق بنقل الأشياء يقع على عاتق الناقل التزام بنقل الأشياء سليمة إلى مكان الوصول ، فإذا تلفت هذه الأشياء أثناء النقل ، كان الناقل مسئولاً مسئولية عقدية .

في نقل الأشخاص ؛ فقد كان القضاء يرى في أول الأمر أن الناقل لا يعتبر مسئولاً بمقتضى العقد عن سلامة المسافر ، ومن ثم فإنه كان يعتبر مسئولية الناقل عما يصيب المسافر ، مسئولية تقصيرية ، ولكنه عدل عن هذا الموقف ، وأصبح يرتب علي عقد النقل ، التزاماً بضمان سلامة المسافر ، ومن ثم أصبحت مسئولية عقدية [2] ، وإذا كان النقل مجاملة بدون أجر ، كما في حالة من يستصحب صديقاً في سيارته ليقوم بتوصيله إلى مكان معين ، فلا يكون هناك عقد ، لأن إرادة الطرفين لم تتصرف إلى

([1]) د. عبد الرشيد مأمون – السابق ، وكتابنا السابق – ص ١٢٧ ، وراجع د. سهيل حسين الفتلاوي – حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي – ص ٣٠٨ – دار الحرية للطباعة بالعراق ١٩٧٨م .

([2]) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٦٤ .

إنشـــاء الـــتزام ، ومـــن ثـــم تكون المسئولية تقصيرية [١] ، وهي لا تكون مسئولية على أساس الحراسة ، لأن هذه يشترط فيها ألا يكون المضرور قد اشـــترك مجاناً في استعمال الشيئ الذي أحدث الضرر ، وإنما هي مسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات .

ويمـــيل القضاء المصري إلى أن الناقل لا يسأل في هذه الحالة إلا عن خطئه الشخصي الجسيم ، وذلك على أساس أن المضرور وقد تبرع له الـــناقل ، قـــبل إعفاءه من المسئولية ، وهذا الرأي غير مسلم به ، لأن هذا الإعفاء المزعوم لا وجود له ، وهو على فرض وجوده لا يجوز في مجال المسئولية التقصيرية [٢] .

وهناك حوادث نقل تقع على المارة في الطريق ، كان يقود شخص ســـيارة ويســـير بســـرعة فيصدم أحد المارة ، أو يسير ليلاً دون أن يوقد أضـــواء الســـيارة ، أو يخالف لوائح المرور ، وكذلك حوادث القطارات ، والترام ، وغير ذلك من وسائل النقل ، ويلاحظ أن المسئولية في معظم هذه الأحـــوال - وفقـــاً لحكـــم القانون الحالي - لا تقوم على أساس خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية [٣] .

رابعاً : حوادث العمل :

٢٢٦- كـــان القضـــاء فـــيما مضى يعتبر مسئولية رب العمل عما يصيب العـــامل مـــن حوادث العمل مسئولية تقصيرية ، وكان يشترط لتحقيق هذه المســـئولية ، أن يثبت العامل الخطأ من جانب رب العمل ، لكنه في سبيل

---

(١) المرجع نفسه ، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ٦٦ – وما بعدها .

(٢) الوسيط للسنهوري – فقرة ٥٤٦ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق .

(٣) مادة (١٧٨) مدني .

حمايـــة العـــامل ، كان يوجب على رب العمل أن يتخذ من الاحتياطات ، وأســـباب الوقايـــة ما يدرأ به من مخاطر العمل عن العمال أو على الأقل ينقصها إلى أقل حد ممكن ، وإلا فإنه يكون مسئولاً ، وكان يتشدد في طلب هـــذه الاحتياطات ، كلما استبان له زيادة ما يتعرض له العامل من خطر ، سواء كان ذلك بسبب طبيعة العمل ، أو بسبب صغر سن العامل ، أو حتى بســـبب ظـــروف العمل أو وقته ، كان يكون أثناء الليل ، وكان يتسامح في إثبات رب العمل وتقصيره في القيام بهذا الواجب [١] .

وقـــد أصبحت حوادث العمل الآن خاضعة لحكم القانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٥٩ ، الخاص بالتأمينات الاجتماعية ، وبمقتضاه أصبحت مسئولية رب العمـــل تقـــوم على أساس تحمل التبعـــة ، وبمقتضى هذا القانـــون ، لا يســـتطيع العـــامل ، فيما يتعلق بحوادث العمل ، ان يتمسك ضد صاحب العمـــل ، بأحكام أي قانون آخر ، ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب صاحب العمل [٢] .

خامساً : الأخطاء المهنية للأطباء وغيرهم :

٢٢٧- والأخطـــاء المهنية يراد بها : الأخطاء التي تقع من المهنيين الذين يمارسون مهناً فنية كالطبيب والصيدلي ، والمهندس والمحامي .

وإذا وجـــد اتفـــاق بين الطبيب والمريض ، كانت مسئولية الطبيب عقديـــة ، أمـــا إذا لـــم يوجـــد اتفاق ، فإن مسئولية الطبيب تكون مسئولية تقصـــيرية ، هذا ما سار عليه القضاء الفرنسي [٣] ، لكن القضاء المصري ما زال يعتبرها - حتى الآن - مسئولية تقصيرية .

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٦٥ وما بعدها ، الأحكام القضائية المشار إليها بالحاشية ، خاصة – ص ٤٦٥ .

(٢) المرجع نفسه – ص ٤٦٦ .

(٣) نقض مدني فرنسي في ١٩٣٦/٥/٢٠ ، دالوز ١٩٣٦ – ١ – ٨٨ ، تعليق الأستاذ جوسران على عريضة النقض الفرنسي في ١٩٣٧/٧/١ ، سيري ١٩٣٨ – ١ – ٥ .

واتجاه القضاء المصري محل نقد في تلك المسألة ؛ لأنه إذا كان العقد موجوداً بين المريض أو من ينوب عنه ، وبين الطبيب ، فإن أساس المسئولية هنا يكون هو العقد ، وتكون المسئولية عقدية لذلك ، مع ملاحظة أن تلك العلاقة يغلب عليها أن تكون عقدية ، بل أن العقد فيها يكون مفترضاً ، طالماً دخل المريض عيادة الطبيب ، وظهر من قرائن الحال أنه قد ارتضى العلاج معه ، بل أن إعلان الطبيب عن نفسه من خلال اللافتة التي يرفعها على شرفة عيادته ، أو في أي مكان آخر ، يعد إيجاباً موجهاً إلى الجمهور ، وهذا الإيجاب صالح لأن يرتبط به القبول ممن يبدي رغبة في العلاج ، ومن ثم كان العقد مفترضاً أن لم يكن موجوداً بالفعل ، ولهذا كان من الصواب أن تكون المسئولية عقدية ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء [1] .

وسواء كانت مسئولية الطبيب عقدية أم تقصيرية ، فإن المعيار الذي يقاس به الخطأ المهني واحد ، وذلك لأن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بمقتضى العقد إنما هو التزام ببذل عناية ، وهي العناية الفنية التي تفرضها أصول المهنة ، وهذا هو ما يطلب منه في المسئولية التقصيرية ، ومن ثم فإنه يتعين عليه في الحالين أن يبذل القدر من العناية الذي يبذله طبيب عادي وسط من طبقته ، فإذا انحرف عن هذا السلوك توافر الخطأ من جانبه [2] .

وإذا كان معيار التعدي ينظر فيه إلى سلوك الشخص العادي في الظروف الخارجية للشخص المتعدي ، فالطبيب المتوسط الذي يتخذ معياراً

---

(1) د. السنهوري – فقرة ٥٤٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٦٧ ، ، د. أحمد حشمت أبو ستيت – فقرة ٤٣٦ ، د. سليمان مرقس – الفعل الضار – فقرة ١٤٩ – ص ٣٨٠ وما بعدها ، د. أنور سلطان – فقرة ٤٢٢ .

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٦٧ .

للخطـــأ المهنـــي ، يجب أن نحيطه بالظروف الخارجية للطبيب المسئول ، فـــإذا كـــان الطبيـــب المســئول يزاول الطب بصفة عامة . فيعالج جميع الأمـــراض ، فإنـــه ينظـــر إلى فعله في ضوء السلوك العادي لطبيب من طبقـــته ، وإذا كان طبيباً أخصائياً لا يعالج إلا نوعاً معيناً من الأمراض ، كان المعيار بالنسبة له ، هو السلوك العادي لطبيب من طبقة المتخصصين من هذا النوع من الأمراض [1].

---

(1) المرجع نفسه – ص ٤٦٨ .

المبحث الثاني
الضرر في المسئولية التقصيرية

٢٢٨- يجب لقيام المسئولية التقصيرية على المسئول ، أن يكون الخطأ مؤدياً لحدوث الضرر، ولذلك كان هو الركن الثاني من أركان المسئولية المدنية.

ويقصد بالضرر ، كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية[١] ، أو ما يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما ، على نحو يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق ، أو تلك المصلحة لصاحبه. فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك ، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً أخف منه ، فإنه لا يعتبر فعلاً ضاراً ولا يستوجب التعويض[٢].

وإذا كان الضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة له ، فإنه يستوي بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بكيانه الأدبي أو بحقوقه المادية، دون أن يقتصر مفهوم الحق الذي يحصل المساس به على الجانب المادي،

---

(١) د. جميل الشرقاوى – دروس فى النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – ص ٤٤ – دار النهضة العربية ١٩٨٦، د. عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٧٠ – مكتبة نهضة مصر بالفجالة ١٩٨٥، والوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ٩٢٧، د. حشمت أبو ستيت – مصادر الالتزام – ص ٤٣٥ – طبعة ١٩٥٤.

(٢) حكم النقض المدنى فى ١٩٤٤/٢/٢٤ فى الطعن رقم ٧٦، ١٣ ق؛ موسوعة القضاء فى المسئولية المدنية للأستاذ عبد المعين جمعة – جـ١ – ص ٣٣٨.

مـــثل حـــق الملكية، وحق الانتفاع ، وحق الدائنية ، بل يكفى المساس بأي حق يحميه القانون، كالحق في الحياة ، والحق في حفظ الشرف والاعتبار، بـــل إنه لا يشترط أن يرقى محل الحماية إلى مرتبة الحق ، ويكفى أن يقع الضـــرر علـــى مصلحة مشروعة للشخص، ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصـــة، طالمـــا أن هـــذه المصلحة مشروعة ، أي غير مخالفة للقانون، كمصـــلحة مـــن يعولهم الشخص، دون إلزام قانوني عليه في بقاء الشخص على قيد الحياة سليماً من المخاطر التي تعوق دون استمراره بمهمته[1].

٢٢٩- وقـــد أورد فقهاء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان؛ فعرفه بعضهم: "بأنه الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفـــه[2]"، وعرفه البعض الآخر بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حـــق مـــن حقوقه أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية[3]".

وفى الفقه الإسلامي ، يطلق الضرر، ويراد به ما هو ضد النفع[4]، وقـــد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان استقوها من قول الله تعالى: وإذا مـــس الإنســـان الضـــر دعانا .. الآية " [5]، فقالوا : إن الضر، بضم الضـــاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة والشدة الواقعين على البدن،

---

(١) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية – القسم الأول – فقرة ٦٢ – طبعة ١٩٧١.

(٢) د. الســـنهورى – الوســـيط – جـــ١ – ص ٩٢٧، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ١٢٢، د. حشمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – فقرة ١٢٢، د. عبد الودود يحي – السابق .

(٣) د. جميل الشرقاوي – دروس في النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – فقرة ١١، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٤٧٠، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – ص ٣٠٦، د. محمد حسين الشافعي – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – ص ٤٩٩.

(٤) مختار الصحاح – ص ٣٧٩ – دار الفكر.

(٥) سورة يونس – الآية ١٢.

وأما الضر بفتح الضاد، فهو ما كان ضد النفع[1] ، وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان[2].

وفي اصطلاح الفقهاء : ورد التعبير عن الضرر بعدة معان : منها الإتلاف، ومنها الاستهلاك ، ومنها الإفساد ، ومنها الأفعال الموجبة للضمان[3] ، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف ، بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان[4].

وقد عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته ، فيسبب له خسارة مالية ، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع ، أو زوال بعض الأوصاف[5].

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضرر بأنه: إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي ، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيئ منفعته كلاً أو بعضاً[6].

---

[1] ابن منظور – لسان العرب – جـ٢ – ص ٢٥٧٣، مادة ضرر.

[2] المصباح المنير – مادة ضرر.

[3] راجع في هذا المعنى : حسين الشامي، السابق، ص ٥٠٠.

[4] الكاساني – بدائع الصنائع – جـ٦ – ص ٢٨٦، والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف – ص ٤٦، ومجمع الضمانات للبغدادى – ص ١٥٣، والقواعد في الفقه الإسلامي – لابن رجب – ص ٢٠٤، وراجع: ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد – ص ٢١٩ وما بعدها.

[5] ابن حجر الهيثمى – فتح المبين لشرح الأربعين – ص ٢٣٧، دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٥٢ هـ، وفيض القدير – لمحمد المدعو عبد الرؤوف المناوى – جـ٦ – ص ٤٣١، الطبعة الأولى – ١٣٥٦هـ – المكتبة التجارية الكبرى.
و د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام – جـ٢ – فقرة ٥٨٦، د. محمد فوزي فيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – رسالة من كلية الشريعة – جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ – ص ١١٧، د. وهبة الزحيلى – التعويض عن الضرر – بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي – كلية الشريعة – جامعة الملك عبد العزيز – العدد الأول سنة ١٣٩٩هـ – ص ١١.
والشيخ على الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٤٦ وما بعدها.

[6] د. شفيق شحاته – النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية – فقرة ٢٢٩.

وتعـــريف الضرر بالإتلاف قاصر، لأنه لا يشمل الجراحة التي لا تفقـــد كـــل المـــنفعة ولا بعضها ، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثمـــن الأدوية، ولا يشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيئ منفعته كلها ولا بعضـــها، وإنمـــا يؤثـــر في كماله ، كالخرق اليسير في الثوب ، كما أنه لا يشـــمل الإضـــرار بالقول ، كما في سب الآخرين وشتمهم، فإن فيه ضرراً لهم ، ولا يسمى إتلافاً[1].

٢٣٠ – وقد أشار فقهاء المالكية إلى التفرقة بين الإتلاف والإفساد ، ومثلوا للإتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب ، وقطع الشجر ، وذكروا أن الإفساد على نوعين، أحدهما : ما يذهب المنفعة المقصودة من الشيئ كمن قطع يد عـــبد أو رجل دابة ، والثاني : ما يكون يسيراً كثقب الثوب[2] ، وهذا البيان يفصـــح عن مدى ما بين الإتلاف والمفسدة من فوارق، وقد عرف الحنفية الإتـــلاف بأنه: إخراج الشيئ من أن يكون منتفعاً به ، منفعة مطلوبة عادة، وهـــذا اعتداء وإضرار[3] ، سواء وقع إتلافاً له صورة ومعنى بإخراجه عن كونـــه صـــالحاً للانتفاع، أم معنى ، بإحداث ما يمنع الانتفاع به ، مع قيامه فـــي نفســـه حقـــيقة ، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار، وسواء كان الإتلاف مباشـــرة بإيصال الآلة بمحل التلف ، أو تسبيباً بالفعل في محل يفضي إلى تلـــف غـــيره عـــادة ، لأن كـــل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً فيوجب الضمان[4].

---

[1] د. فوزي فيض الله – السابق – ص ١١٧.

[2] القوانين الفقهية – لابن جزى – ص ٣١٨.

[3] بدائع الصنائع للكاسانى – جـــ٧ – ص ١٦٤، وراجع: د. سليمان محمد أحمد – ضمان المتلفات – ص ١٩٤ حيث يقول: والفقهاء يطلقون أحياناً كلمة الإتلاف على كل ما يؤدى إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه عن يد صاحبه.

[4] بدائع الصنائع للكاسانى – جـــ٧ – ص ١٦٥، وراجع: د. محمد فوزي فيض الله – الضمان في الفقه الإسلامي – ص ٨٦، حيـــث يـــرى : أن الإتلاف يلحق به الإفساد، وهو في بعض المصطلحات إدخال نقص يسير على الأعيان، أو هو إتلاف

كمـــا أن تعريف الضرر بالنقص الذي يدخل على الأعيان ، قاصر أيضـــاً، لعــدم شموله للإتلاف الكلى ، وإن كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى ، كما أنه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية[1].

لذلــك يترجح لدينا ، أن تعريف الضرر بأنه : إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه واعتباره أو مشاعره هو الأولى ، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون[2].

الضرر المادي والضرر الأدبي :

٢٣١ - وإجمـــاع الفقه والقضاء منعقد على تنوع الضرر - بصفة عامة - إلـــى نوعيـــن ، ضرر مادي وضرر أدبي، والأول هو الذي ينطوي على مســـاس بمصـــلحة ذات قيمة مالية ، وذلك كالاعتداء على حق شخص في ســـلامة جســـمه أو إصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية ، كعدم قدرته علـــى الكسب أو انعدامها، أو أن يتكبد نفقة في العلاج ، كما يعتبر التعدي علـــى أي حـــق مـــن الحقوق المالية ، كحق الملكية ضرراً ، مثل أن يقوم شـــخص بإحـــراق منزل الآخر، أو أن يخرب أرضه أو يتلف زرعه ، أو يدمـــر مـــنقولات مملوكة له ، كالأثاث والسيارات والأجهزة والأدوات فإن هـــذا كلـــه يعتـــبر ضـــرراً مادياً ، يصيب المضرور في حق من حقوقه المالية[3] ؛ وينبغي بيان ذلك :

جـــزئي، وقد يقع إتلافاً كلياً، والاستهلاك وهو إتلاف المال في منفعة الإنسان، كأكل الطعام وشرب اللبن، وإشعال النار للتدفـــئة وإحراق الوقود لانطلاق السيارة، والإهلاك وهو بمعنى الإتلاف، حيث يختلف عنه بأن الإتلاف إفساد الشيئ بلا منفعة، والإهلاك قد يكون بمنفعة.

[1] د. فـــوزي فـــيض الله – المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون – السابق – ص ١١٨، د. سليمان محمد أحمد – المرجع نفسه –ص ١٩٤ وما بعدها.

[2] راجع: د. فوزي فيض الله – المرجع نفسه – ص ١١٨.

[3] د. السنهوري – السابق – ص ٨٥٦، د. عبد الرازق فرج – المصادر غير الإدارية للالتزام- ص ٢٦ – طبعة ١٩٩٥.

أولاً : الضرر المادي :

٢٣٢- وإذا كان الضرر المادي يتمثل في الإخلال بمصلحة مالية للمضرور ، فإنه يشترط فيه أن يكون الضرر محققاً ، والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد، ومثال الأول ؛ أن يكون الضرر قد حصل بالفعل ، بأن مات المصاب أو احترق المال ، أو تلفت السيارة، وأما الضرر المؤكد وقوعه في المستقبل فمثاله ما يصيب العامل من إصابة أثناء العمل ، ولا يدرى مقدار الآثار التي ستنشأ عنها وما إذا كانت ستشكل عجزاً كلياً أو عجزاً جزئياً عن العمل ، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذي وقع بالفعل على أن يكون للمضرور الحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير[1] ، وإذا كان الضرر المستقبل محقق الوقوع - على نحو ما سلف - فإنه يختلف عن الضرر المحتمل ، وهو الذي يمكن أن يقع أو لا يقع ، فلو أن شخصاً أصاب منزلاً لآخر، وأدى إلى تشقق الجدران ، فإن هذا الضرر يعتبر محققاً ، لكن ما يؤدى إليه في المستقبل من جهة أن ذلك سوف يترتب عليه انهدام المنزل في المستقبل ، فذلك ضرر محتمل لا يستحق إلا إذا وقع بالفعل.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه كما سبق ، إلا إذا تحقق، فإن الفرصة وإن كانت بدورها أمراً محتملاً ، إلا أن تفويت هذه الفرصة يعتبر أمراً محققاً يترتب عليه ضرر حال ، وليس ضرراً محتملاً يجب التعويض عنه، ومثاله أن يتسبب شخص في تعطيل طالب عن دخول

---

[1] وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (١٧١) مدني مصري بقولها: "ويقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور، طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١،٢٢٢ مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

الامـــتحان ، أو تأخير طالب وظيفة عن دخول المسابقة التي عقدت لاختيار مـــن يشـــغلونها ، ومـــن هـــذا القبيل تفويت فرصة الزواج مستقبلاً على المخطوبـــة التي أساء إليها خطيبها بعد العدول عن خطبته لها ، وقد جرى علـــى ذلك الحكم ؛ القضاء المصري في التعويض عن تفويت الفرصة إذا كانـــت حقيقية وجدية[1] ، ومعلوم بداهة أن المصلحة المادية المعتدى عليها يجـــب أن تكون مشروعه ، فإذا كانت غير مشروعه أو مخالفة للنظام العام أو الآداب فإنها لا تستحق التعويض ، فلا يجوز للخليلة أن تطالب بتعويض عن فقد خليلها .

ثانياً : الضرر الأدبي :

٢٣٣- وأمـــا الضرر الأدبي فإنه ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالـــية ، بـــل يلحق ذمته المعنوية إذا صح هذا التعبير، والضرر المعنوي علـــى أنـــواع ، فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف ، ومـــنه مـــا يمـــس حقاً ثابتاً لإنسان كاسمه أو خصوصياته ، ومنه ما يمس الشـــعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة أحد أحبائه ، ومنه ما يصـــيب الجسم وإن لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم[2].

---

[1] وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض: "القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوتـــه عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه"، نقض مـــدني في ١٩٧٧/٣/٢٢، مجموعـــة أحكام النقض ٣٨-١٣٣-٧٣٢. وفى هذا المعنى: نقض مدني في ١٩٥٣/١٢/١٠، المجموعة ٥-٣٦-٢٤١، وفى ١٩٥٣/١١/٢٣، المجموعة ٩-٨٨-٦٨٤، وفى ١٩٤٩/٢/٣، مجموعة عمر ٥-٣٧٨-٧٠٩

[2] د. حـــلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – الكتاب الأول – ص ٤٠٥، مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣م، د. أحمد حشـــمت أبو ستيت – نظرية الالتزام – ص ٤٤٠، والأستاذ حسين عكوش – المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد – ص ١١٠، مكتبة القاهرة الحديثة، د. عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – فقرة ٤٦٨ – دار النهضة العربية، د. جمال الدين زكى – نظرية الالتزام – جـــ١ – فقرة ٢١٥.

وقـد عـرفه جانـب آخـر مـن الفقهاء: بأنه الألم النفسي الذي يشعر به المضـرور مـن جـراء إصـابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح، والتشـويه الذي يصيبه منها ، بجانب ما يؤدى إليه مثل تلك الإصابات من أضـرار مالـية كـنفقات العلاج والعجز عن الكسب ، وقد يترتب الضرر الأدبـي علـى الآثار المادية لهذا الاعتداء[1]، فالضرر الأدبي هو الذي لا يمـس المـال ، ولا يمس مصلحة مالية ، وهو في الجملة عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان[2] ، والتعويض عن الضرر الأدبي يتحقق في الحـالات التي يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الطبيعـية، ويتحقق ذلك في حالة المساس بحق الشخص في اسمه أو شرفه أو كرامـته، وكـل مـا يـتعلق بالنواحي الأدبية ويتعلق بالكيان المعنوي للشخصـية، كمـا يتحقق - كذلك - بالنسبة لكل اعتداء على حق من حقوق الأسـرة، بـل قد يتحقق الضرر الأدبي إذا وقع اعتداء على مصلحة أدبية للشـخص وعلـى الشـعور الإنسـاني والعاطفـة، كما في حالة الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة[3].

محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الأدبي :

٢٣٤- ويـبدو مـن خـلال ما قرره فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة الضـرر الأدبي ، أنه ضرر غير مالي، أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخـل تحت التعامل بالمال قصداً، وإن كان تقويمها بالمال في حالة الفوات يمكن وروده، وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر الضرر ومواساة

---

(١) د. جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٨٤ – طبعة ١٩٨١م.

(٢) د. عـبد الحي حجازي – السابق – ص ٤٧٣، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٣٢٨ – دار النهضة العربية سنة ١٩٨٣، د. جميل الشرقاوى – السابق.

(٣) د. عبد الودود يحي – السابق.

المعتدى عليه[1] ، وأن محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الواقــع علــيها يشــمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصــل بالتشــويه أو إتلاف معنى من معاني الحياة في الإنسان ، وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيماً تعلو فوق قيمة المال، ولا تقدر به أصلاً، وإن كــان وروده كمقياس لقيمتها أمراً ممكناً، وفى النهاية فإن تقرير أحكام المســئولية في تلك الحالة يمثل مصلحة مقصودة بالحماية ، لأنها تستهدف حمايــة تلــك القــيم فــي الإنســان والمجتمع ، حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها.

ارتباط الضرر المادي بالضرر الأدبي:

٢٣٥- وإذا كان الفقه والقضاء قد درجا على استقلال الضرر المادي عن الضــرر الأدبي بمفهوم خاص لكل منهما ، وبحسب اختلاف محل الحماية فــيهما، فــإن تلــك التفرقة قد أوشكت على التلاشي وأخذت في الانحسار تدريجــياً، حتى غدا وكأن كل حق يعتدي عليه يعتبر محلاً للضررين معاً، وهــذا ما يدركه النظر في مجمل الفروع المختلفة ، فكل ضرر مالي وإن كــان يمــثل إخلالاً بمصلحة مالية ، إلا أن تلك المصلحة وإن كانت مالية خالصــة فإنها لا تسلم من ارتباط التعدي عليها بالضرر الأدبي الذي يمس المشــاعر ، ويجعــل الإنسان أسيراً للحزن الذي يتفاوت قوة وضعفاً وقلة وكــثرة بحســب مدى ما ركب في نفس كل إنسان من الحرص على المال والــتعلق بــه والخوف عليه ، وبعض الناس إذا فقد مبلغاً ضئيلاً من المال فإنــه يحــزن علــيه حزناً يفوق حزنه على فقد أحد أقاربه ، وقد يدفع أحد الأشخاص حياته فداء لماله، أو حزناً عليه ، كمن يخسر في صفقة أو يفلس

---

[1] د. عبد الحي حجازي – نظرية الحق في القانون المدني – ص ٤٥ وما بعدها.

في نشاطه التجاري ، فإنه ربما يحزن حزناً يصيبه بالاكتئاب حتى الموت، ومن ثم كانت الصلة وثيقة بين الضرر المالي والضرر الأدبي وقائمة .

وكذلــك الأمر في مجال الضرر الأدبي ، إذ قل أن ينفصل أحدهما عــن الآخــر، بل إنهما يرتبطان ببعضهما ارتباطاً لا يقبل الفصل في كثير مـــن الحالات، لأن الضرر الأدبي قد يكون أداة وسبباً للضر المالي ، فمن يشـــيع عـــن تاجر أنه غشاش، فإن ذلك سوف يؤدى إلى انصراف العملاء عـــنه، ومن ثم إفلاسه ، ومن يشيع عن مدرسة خاصة للبنات أنها تحرض طالـــباتها علـــى أعمـــال الفحـــش ، فإن أولياء الأمور سينصرفون عنها، وســـيؤدى ذلـــك إلـــى إغلاق أبوابها وتشريد العاملين فيها وقطع أرزاقهم، وهكـــذا يستبين أن ارتباط الضررين ببعضهما هو الحاصل ، بل هو الواقع في كافة المصالح التي يقع التعدي عليها ، وذلك ما يتعين أخذه في الاعتبار عند تقدير التعويض.

المبحث الثالث
علاقة السببية بين الخطأ والضرر

٢٣٦- علاقــة الســببية ما بين الخطأ والضرر معناها ، أن توجد علاقة مباشــرة مــا بيــن الخطــأ الذي ارتكبه المسئول ، والضرر الذي أصاب المضــرور ، وبمعــنى آخــر أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فالضــرر الذي يجب على المسئول أن يعوضه هو الضرر المباشر ، وهو الضرر الذي تقوم بينه وبين الفعل المضار علاقة السببية[١] ، ومن ثم وجب علــى مــن يطالب بالتعويض على أساس المسئولية عن الضرر الأدبي أن يقــدم الدلــيل علــى توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر ، وبين الخطــأ الذي يعزوه إلى المسئول على أساس أنه ملتزم بإثبات جميع أركان الحق الذي يطالب به[٢] ، فلا يكفى أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصــور قــيام المسئولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسئولية تفرضــه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة[٣] ، وعبء إثبات رابطة السببية بيــن الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن ، وذلك طبقاً للقاعدة العامة في تحميل المدعى عبء إثبات ما يدعيه[٤]، بينما خالف في ذلك بعض الفقهاء وقرروا أن المشرع قد افترض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكلــف الدائــن بإثباتها ، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفيها إن ادعى أنها

---

(١) د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٢ – فقرة ٣٦.

(٢) د. جميل الشرقاوى – المرجع نفسه – ص ٤٨٦، د. أنور سلطان – المرجع نفسه – ص ٣٣٥، حيث يقرر أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ثم أضاف يقول: وهو يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول.

(٣) د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه.

(٤) المرجع السابق نفسه.

غير موجودة[1]، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى المادة (٢١٥) من التقنين المدني، والتي تقضى بتكليف المدين بعبء إثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، وقالوا: بتعميم هذا الحكم، والصحيح الراجح أن المادة (٢١٥) مدني، والتي استند إليها هذا الرأي، لا تشير أصلاً إلى علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر، بل هي قاصرة على ركن الخطأ وحده فهي إذ تكلف المدين بإثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، لا تفترض أن عدم التنفيذ قد تسبب في الإضرار بالدائن بل تفترض أن عدم التنفيذ مرجعه فعل المدين، فهي تفترض الخطأ ولا تفترض وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر[2].

٢٣٧ – فإذا انتفت علاقة السببية، فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة (١٦٥) مدني إذ تقول: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"، وعلى ذلك فإنه إذا كان المعتدى عليه هو المخطئ، أو كان الخطأ قد وقع من الغير، ما لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن هذا الغير، فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في قيام المسئولية على المدعى عليه نحو المضرور[3].

---

[1] د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع نفسه – فقرة ٣٦٤، د. السنهوري – الوسيط – جـ١، فقرة ٤٥٥، وقارن نفس المرجع – فقرة ٦٢٩.

[2] د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٧٣، د. عبد الحي حجازي – المرجع نفسه – ص ١٥١ وما بعدها، د. أنور سلطان – فقرة ٣٤٤.

[3] الوسيط للسنهوري – جـ١ – ص ١٢٥٣، وحكم النقض المدني في ١٩٦٥/١١/١٦، المجموعة ١٦-١٦٨-١٠٨٢.

وإذا تعـــدد المســئولون عــن عمـــل ضار ، كانوا متضامنين في الـــتزامهم بـــتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض[1].

ونخلـــص من ذلك إلى أنه إذا كانت علاقة السببية غايتها أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة ، فيكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثـــه ، وفـــي هذا تنص المادة (٢٢١) مدني مصري ، على أن الضرر يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ : " إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهـــد معقول" ، وعلى هذا فإنه يجب على المضرور أن يبذل جهداً معقولاً فـــي توقى الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك يكون قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشـــترك ، وعلـــى المضرور أن يتحمل تبعة خطئه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ[2].

ويلاحـــظ أن انعـــدام الســـببية قـــد يكون راجعاً إلى قيام السبب الأجنبـــي ، وقـــد يكـــون راجعاً إلى أن السبب غير منتج أو غير مباشر ، ويخصص لبيان كل منها مطلباً .

---

(١) د. السنهورى – المرجع نفسه – ص ١٢٥٥.

(٢) المرجع نفسه – ص ١٢٧٥، والأحكام القضائية المشار إليها بالهامش.

المطلب الأول
انعدام السببية لقيام سبب أجنبي

٢٣٨- قد يكون سبب انعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، قيام سبب أجنبي ، وعلى هذا تنص المادة (١٦٥) مدني ، بقولها : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدله فيه ، كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ من المضرور ، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " ، ويبدو من هذا النص ، أن السبب الأجنبي الذي يترتب عليه انتقاء المسئولية ، هو أحد ثلاثة أمور هي : القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، خطأ المضرور ، وخطأ الغير ، ونخصص لبيان كل منها فرعا .

الفرع الأول
القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

٢٣٩- لم يقم المشرع ببيان المقصود بالقوة القاهرة ، والحادث الفجائي ، وإن كان الفقه والقضاء قد قاما بتلك المهمة ، ويلاحظ أن القوة القاهرة والحادث الفجائي مترادفان [١] ، ويراد بالقوة القاهرة : حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ، ولا يستطاع دفعه ، ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وفي هذا تقول محكمة النقض : إن القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (١٦٥) من القانون المدني ، تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً ، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع ، واستحالة الدفع ، وينقضي بها التزام المدين في المسئولية

---

(١) قارن ما ذهب إليه ، د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ٣٢ .

العقدية ، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسئولية التقصيرية ، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين [١] .

شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :

٢٤٠- ويجب لاعتبار ما يحدث من الظروف الفجائية ، قوة قاهرة ، أو حادثا فجائياً ، وفقاً للقانون أن تتوافر الشروط التالية :

أولاً : أن يكون الحادث غير متوقع :

يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع ، أو أن يكون من المستحيل توقع حصوله ، وأن تكون تلك الاستحالة مطلقة ، فإذا كان من الممكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً ، وأن يكون الحادث غير مقدور التوقع ، لا من جانب المدعي عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة بصر بالأمور ، ومن ثم كان المعيار فيه موضوعياً ، وليس ذاتياً .

ويلاحظ أن عدم إمكان التوقع يختلف في المسئولية العقدية ، عنه في المسئولية التقصيرية ، ففي المسئولية العقدية لا يعتد به إلا وقت إبرام العقد ، حتى لو أمكن توقعه عند التعاقد ، وقبل التنفيذ ، أما في المسئولية التقصيرية ، فإن عدم إمكان التوقع ، يكون وقت وقوع الحادث ذاته [٢] .

ثانياً : أن يؤدي إلى الاستحالة المطلقة للتنفيذ :

ولا يكفي في الحادث المفاجئ أن يكون غير متوقع ، بل يجب - مع ذلك - أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ، وليست نسبية ، وهذا ما يميز بين نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة ،

---

(١) نقض مدني في ١٩٧٦/١/٢٩ ، المجموعة ١ - ٢٧ - ٣٤٣ ، راجع : د. حسام الاهواني - النظرية العامة للالتزام - ص ٥٧٥ - طبعة ١٩٩٥ ، الوسيط للسنهوري - فقرة ٥٨٦ .

(٢) د. السنهوري - ص ٨٧٨ ، وما بعدها ، د. عبد الرازق فرج - ص ٣٤ .

فـــالأولى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، والثانية تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فحسب [1].

ثالثاً : أن يكون الحادث ، أو القوة القاهرة مستحيل الدفع :

فـــإذا كان من الممكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ، لم يكن قوة قاهرة ، أو حادثاً فجائياً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، وليست نسبية .

ومـــن أمـــثلة القوة القاهرة ؛ أو الحادث الفجائي ؛ الحرب لما ينجم عنها من تدمير وتخريب ، أو صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ ، أو وقـــوع زلـــزال أو حـــريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة شديدة ، أو حـــدوث إضـــراب غـــير متوقع ، أو سرقة أو تلف ، وكذلك ما يصاحب الآلات مـــن الـــتلف المفاجـــئ ، كانحـــراف عجلة القيادة أو انفجار إطار السيارة، أو حدوث حادث إرهابي مروع ، مثل ذلك الحادث الإرهابي الذي حـــدث في أمريكا ، وأدى إلى انهيار مبنى التجارة العالمية في نيويورك ، وبعـــض المواقع الحكومية الهامة في واشنطون وبعض الولايات ، وأحدث أثراً كبيراً في مختلف مناخي النشاط الدولي ، وذلك من جراء ما أحدثه من تدمـــير ، وما اتخذته الولايات الأمريكية من استعداد للرد وتصفية الإرهاب بمـــا يمـــثل حـــرباً عالمـــية ثالثة ، وهذا من شأنه أن يؤثر على الاقتصاد والطيران والسياحة وغير ذلك من الأنشطة المختلفة في شتى بقاع العالم ، وهو ما أدى إلى نشوب حرب بين أمريكا وحلفائها ، وبين شعب أفغانستان الـــبائس فـــأربك ذلك حركة التعامل الدولي ، وأدى إلى بوادر كساد يجتاح العالم بسبب تلك الحرب غير المتكافئة ، والتي تمثل قوة قاهرة أو حادثاً لم يكن متوقعاً .

---

(1) د. السنهوري – السابق .

الفرع الثاني
خطأ المضرور

٢٤١ – إذا نتج الضرر من فعل المضرور نفسه ، فإن علاقة السببية يجب أن ينظر إليها في ضوء هذا الفعل ، لأن المضرور قد يسهم أحياناً في حدوث الضرر ، فقد تصدم سيارة مسرعة شخصاً يسير في نهر الطريق ، وهو في حالة عدم انتباه ، مثل قراءة صحيفة ، أو يعبر الطريق في منطقة زحام مرور خطرة بعيداً عن أماكن عبور المشاة ، وهنا يكون الخطأ واقعاً من المضرور والسائق ، وفي هذه الحالة يشترط لنفي علاقة السببية ، على هذا النحو ، أن يكون خطأ المضرور ، قد استغرق خطأ الشخص الآخر ، أما إذا لم يستغرقه ، وساهم كل من الخطأين في إحداث الضرر ، فإننا نكون أمام حالة ما يسمى بالخطأ المشترك ، الذي يؤدي إلى تخفيف مسئولية المسئول دون نفيها عنه ، ويجدر بيان ذلك :

أولاً : استغراق أحد الخطأين للآخر :

إذا استغرق أحد الخطأين ، الخطأ الآخر ، فإن الخطأ المستغرق لا يكون له أثر ، فإذا كان خطأ المدعي عليه ، هو الذي استغرق خطأ المضرور ، فإن مسئولية المدعي عليه ، تكون كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور ، ولكن إذا كان خطأ المضرور ، هو الذي استغرق خطأ المدعي عليه ، فإن مسئولية المدعي عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية ، ويستغرق أحد الخطأين الآخر في حالتين :

الأولى : إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر ، **وإذا كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر ، فإن الخطأ الأشد ، لا يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين :**

أولهمـــا : إذا كـــان الخطأ عمدياً ، فإنه يستغرق أي خطأ آخر ، يكون قد ســاهم فـــي إحداث الضرر ، كمن يريد أن ينتحر فيلقي نفسه تحت سيارة تســير بســرعة كبيرة ، فإن خطأه ، وهو قصد الإضرار بنفسه ، يستغرق خطأ قائد السيارة الذي يسير بسرعة غير عادية ، ولا يجوز أن يرجع عليه بالتعويض .

أمـــا إذا حـــدث العكـــس ، وكان خطأ الشخص الآخر ، هو الخطأ العمـــدي ، كمن يريد أن يقتل عدواً له ، فينتهز فرصة ركوبه لدراجته في طـــريق خطـــر لا يجوز فيه ركوب الدراجات ، ويدهس بسيارته التي كان يقودهـــا في هذا الطريق ، فإن خطأه هذا يستغرق خطأ المضرور ، وتكون مسئولية كاملة [1] .

ثانيتهما : رضاء المضرور بالضرر :

٢٤٢- والرضا بالضرر يعني أن المضرور قد ارتضى ما سيحدث له من ضـــرر ، فالرضا ، يفيد إصرار المضرور على قبول الرضا متخطياً بذلك مرحلة قبول مجرد احتمال ، ولهذا يختلف عن قبول المخاطر الذي ينطوي على تقبل احتمال وقوع الضرر [2].

وإذا كـــان قـــبول المخاطـــر هو رضاء بخطر محتمل ، والرضا بالضـــرر هو قبول ما سيحدث من ضرر فإن الأول ، قد ينطوي على خطأ مـــن جانـــب المضرور ، وذلك كمن يركب سيارة يعلم أن سائقها في حالة سكر بين ، أو الراكب الذي يتفق مع السائق على إجراء مسابقة بالسيارة ، والأصـــل أن رضـــاء المضـــرور لا ينفي مسئولية المدعى عليه عن فعله الخاطـــئ ، فلو أن طبيباً أجرى عملية جراحية خطره لا يتطلبها ضرورة ،

---

(1) الوسيط – السابق – فقرة ٥٩٤ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٣٦ ، د. حسام الإهواني – السابق – ص.

(2) د. حسام الأهواني – ص ٥٦٦ .

فإنــه يكــون مخطــئاً ، وتتحقق مسئوليته كاملة حتى ولو رضي المريض بإجــراء هــذه العملية ، ولكن رضاء المضرور بوقوع الضرر ، قد يكون خطــأ منه ، وفي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعي عليه ، إذ يصــبح بصــدد خطــأ مشــترك يؤدي إلى توزيع المسئولية على عاتق الطرفين.

الثانية : أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر :

٢٤٣- فإذا كان خطأ المضرور نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثانــي الخطــأ الأول ، ويعتــبر خطأ المدعي عليه هو وحده الذي أحدث الضــرر ، ومــن ثم تكون مسئولية المدعى عليه كاملة ، ومثال ذلك ؛ أن يركــب شخص سيارة مع صديق له يقودها بسرعة ، مما حدا بالراكب إلى القــيام بحــركة خاطئة ، أملاً في النجاة ، فيحدث ضرراً بنفسه ، فإن خطأ المضــرور في هذه الحالة يعتبر نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فيستغرق خطأ الصــديق ، خطأ الراكب ، وتتحقق مسئولية الصديق السابق كاملة ، وكذلك الشأن إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه استناداً إلى استشارة خاطئة من الطبيب ، فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض فقد جاء خطأ الثاني نتيجة للخطأ الأول ، فيكون الطبيب مسئولاً عن التعويض كاملاً [1] .

الخطأ المشترك بين المضرور والمسئول :

٢٤٤- وقــد يقــع الخطــأ من المضرور والمسئول معاً دون أن يستغرق أحدهمــا الآخر وبقيا متميزين ، وهنا تكون المسئولية مشتركة بين المسئول والمضــرور ، وفــي هذه الحالة لا يستحق المضرور من التعويض ، إلا بمقدار ما ساهم به المسئول من خطأ في إحداث الضرر ، وقد قضت على

---

[1] د. السنهوري – السابق – فقرة ٥٩٥ .

هـذا المـادة (٢٦١) مدني ، حين قالت : " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه " .

وتوزيع المسئولية بين المشتركين في إحداث الضرر لا يكون بعدد رؤوس المساهمين فيه ، ولكن بعدد مساهمة كل منهم في إحداث الضرر ، إلا إذا لم يستطع القاضي تحديد جسامة كل خطأ ، وفي هذه الحالة يفترض الـتكافؤ فيها جميعاً ، ويوزع التعويض على كل من المشتركين في الخطأ بالتساوي بين المسئول والمضرور .

ومـثال ذلـك ؛ أن يتعلق صبي بالسيارة لحظة إبطائها وفي غير محطـة للركوب ، وخطأ عمال السكك الحديدية الذين نزعوا بعض أجزاء السـور لتقصير الطريق إلى مساكنهم ، أو أن يصيب شخص آخر ، فيهمل المصـاب فـي معالجـة نفسـه ، فلا يكون المسئول ملزماً بتعويض كل الضـرر ، فإن بعضه ناشئ من الإصابة ، وهو يلزم المسئول بتعويضه ، وبعضه ناشئ من الإهمال في العلاج ويتحمله المصاب [1].

---

(1) د. السنهوري – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – ص ٣٤٨ – مطبعة لجنة التأليف سنة ١٩٣٨ .

الفرع الثالث
خطأ الغير

٢٤٥- إذا كان الضرر ناشئاً عن خطأ المسئول والغير ، وكان الخطأين مستغرقاً للآخر ، اعتبر أن المستغرق وحده هو السبب في إحداث الضرر، فإذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير ، كانت المسئولية كاملة عليه دون الغير ، وإذا حدث العكس ، واستغرق خطأ الغير خطأ المسئول ، كان الغير وحده هو المسئول .

فإذا لم يستغرق خطأ الغير خطأ المسئول ، كان كل منهما مسئولاً عن إحداث الضرر ، ويتعدد المسئولون حينئذ ، ويكونون مسئولين مسئولية على سبيل التضامن فيما بينهم على تعويض الضرر ، وقد نصت على هذا المادة (١٦٩) مدني بقولها : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض " . فقد قرر هذا النص مبدأ التضامن في المسئولية التقصيرية بين من ساهموا في إحداث الضرر .

هذا ويلاحظ أن التضامن بين المدينين في مجال الالتزامات العقدية لا يفترض ، وإنما لا بد أن يرد الاتفاق عليه صراحة ، أو أن يرد بشأنه نص خاص في القانون .

وإذا ساهم في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ المضرور وخطأ الغير ، ففي هذه الحالة يتعدد المسئولون كذلك ، ويتحمل كل منهم بقدر الثلث ، فيتحمل المضرور بثلث الضرر ، ويتحمل المسئول والغير ثلثي الضرر متضامنين ، وللمسئول أن يرجع على أي من المسئول والغير

بثلثي التعويض ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث ، ما لم ير القاضي غير ذلك بالنظر إلى دور كل منهم في المسئولية [١] ، ومثال ذلك ؛ أن يصيب شخص آخر ، فيهمل هذا في معالجة نفسه ، ثم يستدعى طبيباً يسيئ علاجه ، ومثال ذلك - أيضاً - أن يسير قائد سيارة جهة الشمال ، فتعترضه سيارة مسرعة فينحرف ، فيصيب عابراً كان منشغلاً بقراءة صحيفة وهو سائر في الطريق [٢].

المطلب الثاني
انعدام السببية لكون السبب غير منتج أو غير مباشر

٢٤٦- إذا لم يكن خطأ المسئول هو السبب المنتج ، فإن علاقة السببية تنتفي ، وبالتالي لا يكون مسئولاً عن الضرر ، وإذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منهما للآخر ، كأن يكون أحد السببين خطأ عمدياً والآخر غير عمدي ، فيستغرق الأول الثاني ، كذلك فإنه قد يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر ، كأن يخطئ الطبيب في إسداء النصيحة للمريض ، فيتبع المريض النصيحة مخطئاً في ذلك فيصاب بالضرر ، فمشورة الطبيب هنا تستغرق التنفيذ ، وتصبح هي وحدها السبب في إحداث الضرر ، وتتحقق المسئولية في جانب الطبيب وحده [٣].

وقد تتعدد الأسباب دون أن يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، وفي مثل هذه الحالة يثور الكلام حول اعتبار أي الأسباب مسئول عن إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة يوجد نظريتان :

---

(١) د. السنهوري – السابق – ص ٣٤٨ ، هامش (٢) .

(٢) المرجع نفسه ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٥٠٩ وما بعدها .

(٣) د. السنهوري – السابق .

الأولى : نظرية تكافؤ الأسباب :

٢٤٧- ومــؤدى هذه النظرية ؛ أن كل سبب ساهم في إحداث الضرر يعتد به ، ويكون صاحبه مسئولاً عن هذا الضرر ، طالما أنه لم يحدث استغراق لأحــد الأســباب بواسطة سبب آخر ، فالأسباب متكافئة - هنا - في إحداث الضـــرر ، حتى ولو كانت مختلفة في درجة تأثيرها في إحداثه ، فإذا أهمل شــخص فــي المحافظـــة على سيارته ، ولم يتخــذ الاحتياطات للمحافظة علــيها ، فسرقت منه ، وقادها السارق بسرعة كبيرة ، فدهم أحد المارة ، كـــان هـــناك سببان في إحداث الضرر ، سرعة السائق ، وتقصير صاحب الســيارة فــي المحافظة عليها ، فالضرر ما كان ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة حتى سرقت منه ، فالسببان متكافئان في إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه [١].

الثانية : نظرية السبب المنتج :

٢٤٨- لــم تحــظ نظــرية تكافؤ الأسباب برضا الفقه ، وكان سبب عدم الرضـــا عنها ، أن الأسباب المتعددة ليست في الواقع متكافئة ، بل منها ما هـــو عارض ، ومنها ما هو منتج ، وكان البديل لها نظرية السبب المنتج ، التـــي تقـــوم على أساس أنه إذا تعددت الأسباب وجب التمييز بين الأسباب العارضـــة ، والأســباب المنــتجة ، والسبب العارض ، هو الذي لا يحدث الضـــرر عادة ، وأما السبب المنتج ، فهو الذي يحدث الضرر ، ففي المثال الســابق ، نجــد أن خطـــأ صاحب السيارة خطأ عارض لا يحدث الضرر عـــادة، وأن خطأ السارق في السير بسرعة يعتبر هو السبب المنتج ، لأنه هو الذي يحدث الضرر في العادة ، ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون

---

(١) د. حسام الأهواني – ص ٥٧٠ وما بعدها .

السـبب العـارض [١] ، واتجاه القضاء المصري يؤيد هذه النظرية ، ولهذا قضت محكمة النقض : بأن ركن السببية في المسئولية التقصيرية ، لا يقوم إلا علـى السـبب المنتج الفعال المحدث للضرر ، دون السبب العارض ، الـذي لـيس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر ، حتى لـو كـان قـد أسهم مصادفة في إحداثه ، بأن كان مقترناً بالسبب المنتج [٢]. وقضت بـأن السبب المنتج ، قد يتعدد وفي هذه الحالة يعتبر أسباباً مستقلة متساندة تـتوزع المسـئولية عليها جميعاً ، ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده ، ذلـك أنـه مهمـا كانـت جسامة الخطأ الأشد ، فإنه لا يستغرق غيره من الأخطـاء المسـتقلة ، إلا إذا كان كافياً لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى [٣].

وقضـت - أيضـاً - بأنه لما كانت أحكام المسئولية التقصيرية لا تفـرق بين الخطأ العمدي ، والخطأ غير العمدي ، فلا يجوز إطلاق القول بأن الخطأ العمدي يستغرق حتماً الخطأ غير العمدي ، بل يجب بحث مدى أثـر كـل مـنهما في إحداث الضرر . ولهذا قضت بالاعتداد بالخطأ في حراسـة الشـرطة للمتهم في جناية القتل ، بما مكن خصومه من قتله أخذاً بالـثأر ، فالقـتل أخـذاً بالثأر لا يستغرق خطأ الشرطة المتمثل في إهمال الحراسة .

---

(١) السنهوري - السابق ، د. حسام الأهواني - السابق ، د. إسماعيل غانم - مصادر الالتزام - فقرة ٢٧ .

(٢) نقض مدني في ١٩٨٢/٦/٢٤ ، المجموعة - ص ٨١٨- قاعدة ١٤٦ ، وفي ١٩٨٨/١/٢٥ - المجموعة س ٣٩ - ١ - ص ١٤٧ - رقم ٢٤ .

(٣) نقض مدني في ١٩٨٦/٢/٦ ، س ٣٧ - ١ - ص ١٨١ - رقم ٨٣ .

الضرر المباشر :

٢٤٩- من المقرر أن المسئولية لا تكون إلا عن الضرر المباشر ، ولا يسأل الشخص عن الأضرار غير المباشرة التي تترتب على خطئه ، سواء كانت مسئولية عقدية أم تقصيرية ، ولكن ما هو معيار الضرر المباشر في هذا الشأن ؟ .

لقد نصت المادة (٢٢١) مدني على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية ، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول "

ومن هذا النص يبدو أن معيار الضرر المباشر ، هو أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر ، أو كما يقول النص : أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر في الوفاء به ، وهو يكون كذلك . إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ومن أمثلة ذلك الضرر ؛ إذا اشترى شخص بقرة موبوءة بمرض فنفقت ، بعد أن انتقلت العدوى إلى سائر المواشي الأخرى التي يملكها ، فنفقت بالتالي هذه المواشي جميعاً ، واضطر المشترى إلى التوقف عن الزراعة ، فساءت أحواله ، ولم يسدد ديونه فقام الدائنون بالحجز على أرضه وبيعها بالمزاد العلني .

ففي هذا المثال ، يعتبر الضرر المترتب على نفوق المواشي التي اشتراها ، وكذا المواشي التي انتقلت إليها العدوى ونفقت ضرراً مباشراً ، لأنه لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، أما

الأضـــرار الأخرى ، كالعجز عن الزراعة ، وعن وفاء الديون ، والحجز علـــى أرضه ، فإنه كان من الممكن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، فكان في اســتطاعته ، أن يعمــد إلـــى مواشي أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضـــه ، فــتقف بذلــك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء مــوت المواشـــي ، ولهذا فإن تلك الأضرار تعتبر إضراراً غير مباشرة لا يستحق عنها أي تعويض [1].

---

(1) د. السنهوري – السابق – ص ٣٤٥ وما بعدها ، د. سمير تناغو – ص ٢٥٩ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ٤٢ .

المبحث الثاني
آثار المسئولية التقصيرية

٢٥٠- إذا وقـــع العمـــل غير المشروع مستوفياً أركانه على نحو ما قرره الفقهـــاء ، فإنه يترتب عليه حق للمعتدى عليه في تعويض هذا الضرر، ولا يثير أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما ، لكن الذي يحتاج إلى نوع مـــن الـــتفريد والبـــيان هـــو كيفية تقدير التعويض وبيان مقداره في حالتي الضرر المادي والضرر الأدبي ، وذلك ما ينبغي بيانه في مطلبين :

المطلب الأول
تعويض الضرر المادي

وبـــيان تعويض الضرر المادي ، يقتضي بيان طريقة التعويض ، وكيف يقدره القاضي ونبين ذلك:

أولاً : طريقة التعويض في الضرر الأدبي :

٤٧- فيما يتعلق بطريقة التعويـــض عن الضـــرر الأدبي ، تكفلـــت المادة (١٧١) مدنـــي مصـــري ، ببـــيان ذلك فنصت في فقرتها الأولى على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً " .

كمـا نصـت فـى فقرتها الثانية على أنه: "يقدر التعويض بالنقد، ويجـوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين ، متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض[1].

ويـبدو من هذا النص ، أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقديـاً ، ذلـك أن التعويض بمعناه الواسع ، إما أن يكون تعويضاً عينياً ، وهـذا هـو التنفـيذ العينـي ، وإما أن يكون تعويضاً بمقابل ، والتعويض بمقابل، إما أن يكون تعويضاً غير نقدي ، أو تعويضاً نقدياً.

(١) التعويض العيني :

٢٥١- وهـو الـذي يـتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني ، أو الوفاء بالـتعويض عيـناً ، وهذا النوع من التعويض ، وإن كان كثير الوقوع في مجـال المسـئولية العقديـة[2]، إلا أنـه يمكن أن يقع في مجال المسئولية التقصـيرية ، فيجبر المدين فيها عليه ، وذلك بناء على أنه قد أخل بالتزامه القانونـي الـذي يفـرض عليه عدم الإضرار بالغير دون حق ، وقد يتخذ الإخـلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل يمكن إزالته ، وإعادة الحال فيه إلى ما كان عليه.

وفى مجال العدول عن الخطبة - مثلاً - ، فإن من عدل إذا كان قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة ، أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض العيني

---

(١) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٢ - ص ٣٩٥ وما بعدها.

(٢) د. السـنهورى - الوسيط - جـ١ - ص ٩٦٦، د. مصطفى مرعى - المسئولية المدنية - فقرة ٣٣٣ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - فقرة ٣٤٥، وما بعدها، د. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٥٥ وما بعدها، د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - جـ٢ - ص ٥٠٦.

فـــي تلك الحالة يتمثل في رد الحال إلى ما كان عليه ، وإرجاع ما استولى علـــيه الطـــرف الآخر ، فلو كان المستولى عليه سيارة ، أو أموالاً عينية، فإنه يجب ردها ، ويجوز إجبار من أخذها على الرد بطريق التهديد المالي، وهـــو مـــا يفهم مما ورد بنص المادة (١٧٢) سالفة الذكر ، فقد جاء فيها: "على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعـــادة الحال إلى ما كانت عليه" ، فالقاضي كما يفهم من هذا النص ، ليس ملـــزماً أن يحكـــم بالتنفيذ العيني ، ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً ، وطالب به الدائن ، أو تقدم به المدين[1].

وقـــد يكون الخطأ متمثلاً في إشاعة كاذبة اتخذت طريق النشر من المدعـــى علـــيه ، وفى هذه الحالة فإنه إذا ثبت إسناد الخطأ عليه ، فيمكن للقاضـــي بـــناء على طلب المضرور ، أن يلزمه بنشر تكذيب لما قاله ، أو اعتذاره عنه ، أو تصويبه له ، أو بيان ما قصده صراحة مما نشره إذا كان الأذى قـــد تـــم بطريق التعريض والإيماء ، ويكون تعويض الضرر بذلك، نوعاً من التعويض العيني.

(٢) التعويض بمقابل نقدي أو غير نقدي :

(أ) التعويض بمقابل غير نقدي :

٢٥٢- وقـــد يحكـــم القاضي في التعويض بمقابل غير نقدي ، ذلك أنه في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يتعذر التنفيذ العيني في المسئولية التقصيرية ، فـــلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض ، وليس من الضروري أن يكـــون الـــتعويض نقداً وإن كان هذا هو الغالب ، وعلى سبيل المثال ؛ ففي دعـــاوى الســـب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الالتزامات – ص ٦٢٥.

الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي ، الذي أصاب المدعى عليه ، وهذا بعض ما قصدته المادة (١٧١) مدني مصري ، المشار إليها[١].

(ب) التعويض بمقابل نقدي :

٢٥٣- وأما التعويض بمقابل نقدي ، فإنه هو التعويض الذي يغلب الحكم بـه فـي دعاوى المسئولية التقصيرية فإن كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد ، ففـي جمـيع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سـبيلاً إلـى تعويض غير نقدي ، يحكم بتعويض نقدي ، وهذا ما خوله له الـنص أصـلاً ، حيـث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من التقنين المدني على أنه: "يقدر التعويض بالنقد".

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة ، ولكـن لـيس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط ، أو بإيـراد مرتـب مدى الحياة ، ويصح في هذا الخصوص أن يحكم القاضي علـى المسـئول بدفع مبلغ إلى شخص ثالث أو شركة تأمين مثلاً على أن تقوم الشركة بدفع الأقساط أو الإيراد ، أو المرتب للمضرور[٢].

ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتـب ، وكـان الديـن المرتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضـي أن يلزمه بتأمين ، وهـذا ما تقضى به الفقـرة الأولى من المادة

---

[١] د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٩٦٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٦٢٤، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٥٠٧، وكتابنا: الضرر الأدبي ومدى ضمانه فى الفقه الإسلامى والقانون – دار النهضة العربية – ١٩٩١م.

[٢] د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٦٢٥.

(١٧١) مدنـــي مصري ، وإذا لم يتيسر ذلك ، فلا مناص أمام القاضي من الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة[١].

ثانياً : كيفية تقدير التعويض فى الضرر المادي:

٢٥٤- أمـــا فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض في المسئولية التقصيرية ، فـــإن المادة (١٧٠) من التقنين المدني المصري ، قد نصت على أنه: "يقدر القاضـــي مـــدى الـــتعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتيـــن (٢٢١ ، ٢٢٢) مـــن التقنين المدني المصري ، مراعياً في ذلك الظـــروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييـــناً نهائـــياً ، فلـــه أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير[٢]"، ويبدو من خلال هذا النص أن التعويض إنمـــا يكون عن الضرر المباشر بالشروط التي رأيناها عند الكلام في ركن الضـــرر ، والتي تتمثل في أن يكون الضرر إخلالاً بحق أو مصلحة مالية للمضرور ، وأن يكون الضرر محققاً ، وحالتئذ فإن التعويض سيكون عما لحـــق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ، وفقاً لما تنص عليه الفقرة الأولـــى مـــن المادة (٢٢١) من التقنين المدني ، فلو أن شخصاً أتلف مالاً لغـــيره قيمـــته خمسمائة ، وكان صاحب المال بصدد بيعه بربح قدره مائة، ـــ ـ الـــتعويض يشـــمل الخمسمائة وهى مقدار الخسارة التي لحقته ، كما يشـــمل المائة التي تتمثل في مقدار ما فاته من كسب ، كما يشمل التعويض في المسئولية التقصيرية ، كل الضرر المباشر، متوقعاً كان أو غير متوقع، فلـــو أر صـــاً ، ضرب آخر ضربة ، ما كان يتوقع أن تحدث أكثر من

---

(١) د. السنهورى – - ص ٩٦٨.

(٢) راجع فى تاريخ هذا النص: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٠ وما بعدها.

مجرد الإيلام ، ولكن الضربة أفضت إلى الموت ، فإن الموت يجب التعويض عنه رغم أنه لم يكن متوقعاً ، وهذا على خلاف الحكم في المسئولية العقدية ، حيث يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فحسب ، وذلك فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم ، وفقاً لما تنص عليه المادة (٢٢١ فقرة ٢) من التقنين المدني[1].

٢٥٥- وقد اختلفت الآراء في تفسير هذه الزيادة في التعويض التي يحملها المدين في المسئولية العقدية بمناسبة الغش الذي اقترن به الفعل الضار، أو الخطأ الجسيم ، فذهب رأى في الفقه إلى أن الزيادة إنما هي جزاء الغش ، إذ أن الغش من شأنه الإخلال بالتنفيذ بطريقة معينة[2].

وذهب رأى آخر في الفقه إلى أن المدين الذي يرتكب غشاً يبتعد عن دائرة التعاقد ويدخل في نطاق المسئولية التقصيرية ، حيث لا يجوز الاتفاق على تحديد التعويض[3].

ويرى بعض الفقهاء أن إرادة الطرفين هي التي تحدد مدى المسئولية العقدية ، وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر قاصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين ، فهذا هو الذي يمكن افتراضه على نحو معقول لأن المدين قد ارتضاه ، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي لقصر التعويض على الضرر

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – نفس المرجع – ص ٦٢٦ وما بعدها، الوسيط للسنهوري – جـ١ – ص ٩٧٠ – فقرة ٦٤٧، وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ١٩٧١/٢/٤ في الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦ق – مجموعة أحكام النقض س ٢٢ – ص ١٧٢ ، حيث قالت: "نص المادة ٢٢١ من القانون المدني مفاده: أن يشتمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام".

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – ص ٤٤٧ – مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر.

(٣) د. سليمان مرقس – مصادر الالتزام – فقرة ٢٦٤ – طبعة ١٩٦٤م، د. حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٥٦٣ – طبعة ١٩٥٦م.

المتوقع ، وفي حالة الغش والخطأ الجسيم يبطل هذا الشرط الذي يعدل مقدار المسئولية ويلتزم المدين عندئذ بتعويض الضرر أياً كان ، متوقعاً أو غير متوقع ، بينما يرى البعض أنه أشبه بنوع من العقوبة الخاصة أو يقوم على فكرة الوظيفة الرادعة التي يكتسبها التعويض بسبب جسامة الخطأ[1].

٢٥٦ – والذي يترجح في نظرنا أنه أشبه بنوع من العقاب الذي يتواءم مع طبيعة الغش والخطأ الجسيم ، حيث إنهما يمثلان خطأ زائداً على الخطأ العقدي ، فلزم أن يكون لهما ما يقابلهما في حكم المسئولية ، ومن ثم يترجح لدينا أن الزيادة أشبه بنوع من العقوبة الخاصة.

ووفقاً لما تنص عليه المادة (٢٧٩) من التقنين المدني المصري فإن القاضي يراعى في تقديره للتعويض: "الظروف الملابسة" ، وهذه الظروف تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسئول ، كما تشمل جسامة الخطأ ، ومن ثم وجب أن يراعى القاضي في تقدير التعويض الظروف الشخصية التي تتصل بالمضرور ، ويكون لها شأن في تحديد مدى الضرر سواء كانت هذه الظروف جسيمة أو صحية أو عائلية أو مالية ، وذلك لأن التعويض يقدر بمقدار الضرر الذي لحق المضرور[2].

---

[1] راجع: د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – ص ٦٧ – طبعة ١٩٦٧م، د. أنور سلطان – مصادر الالتزام – ص ٢١٣ – طبعة ١٩٦٤م، د. إبراهيم دسوقي – السابق – ص ٤٤٨.

[2] د. عبد المنعم الصدة – السابق – ص ٦٢٧، د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٥٠٧ وما بعدها.

الظروف الشخصية للمسئول وأثرها في تقدير التعويض :

٢٥٧- وقــد اخــتلف فقهاء القانون حول مدى تأثير الظروف الشخصية للمســئول فــي تقدير التعويض ولا سيما الظروف المالية، فذهب رأى في الفقــه إلــى أن هــذه الظروف لها دخل في تقدير التعويض ، ويجب على القاضي مراعاتها ، كأن يكون المسئول غنياً أو فقيراً ، أو يكون مؤمناً من مسئوليته[١].

وأصــحاب هذا الرأي يقررون أن مثل هذه الظروف ما كان ينبغي الاعــتداد بهــا في هذا الخصوص ، لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضــرر ، إلا أن الــنص قــد جاء عاماً ومن ثم لا وجه لأن يقتصر على الظروف الخاصة بالمضرور ، كما أن الاعتداد بظروف المسئول يتفق مع مــا كــان القضاء يسير عليه من اعتداد بتلك الظروف ، ومن المعلوم أن القضــاء كــان يتأثر في تقدير التعويض بالظروف الشخصية للمسئول عن الضرر[٢].

وذهــب رأى آخر في الفقه إلى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمســئول لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض[٣] ، فإذا كان المسئول غنــياً لــم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر ، وإن كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل[٤].

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – نفس المرجع والمكان، د. سليمان مرقس – الفعل الضار – فقرة ٩٣، وراجع د. إبراهيم دسوقى – السابق – ص ٤٦٠.

(٢) في هذا المعنى: د. عبد المنعم الصدة – المرجع والمكان السابقان.

(٣) مــن هــذا الرأى: د. السنهورى – الوسيط – جــ١ – ص ٩٧٣، د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق – فقرة ٤٤٨.

(٤) ويســتثنى مــن هذه الصورة الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويــض من المسئول، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل، وفقاً لنص المادة (٢/١٦٤) مدني مصرى، ومن المعروف أن

وســواء كــان المسئول لا يعول إلا نفسه ، أو يعول أسرة كبيرة ، فهــو يدفــع الــتعويض بقدر ما أحدث من الضرر ، دون مراعاة لظروفه الشخصــية ، إذ العــبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحـيط بظــروف الشــخص المضــرور وليست تلك التي تحيط بظروف المســئول[1]، كذلــك لا يزيد في مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن علــى مســئوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستدفع التعويض ، ولا يدخــل فــي الحســاب ، ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثــه، فــاللص الذي يستعين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولاً إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد.

٢٥٨- والأصــل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسئول عــند تقدير التعويض ، فإذا تحققت المسئولية ، قدر التعويض بقدر جسامة الضــرر لا بقدر جسامة الخطأ ، ومهما كان الخطأ يسيراً ، فإن التعويض يجــب أن يكــون عــن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير،

الحالة المالية لكل من المضرور والمسئول ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار في تقدير التعويض. راجع: السنهوري – السابق – ص ٩٧٣ – هامش (١).

(١) وقــد قضــت محكمــة النقض بتاريخ ١٩/٤/١٩٥١م في الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ق، بأنه: "متى كان الحكم الذي قضى بــتعويض الطاعنة، قد أدمج ما فاتها من منفعة الأرض الموجرة لها من المطعون عليه الثاني بسبب ما حصل لها من التعويض ضمن عناصر التعويض المقضي به على المطعون عليها الأولى، التي ثبت حصول التعويض من تابعيها، فإنه لا يكون قد خالف القانون" ، مجموعة القواعد القانونية لربع قرن – رقم ١٦ – ص ٢٦٢.

وانظر حكم محكمة استئناف القاهرة – الدائرة ٦ مدني في ١٥/١٢/١٩٥٨م استئناف رقم ٧٠٨ لسنة ٧٤ق – مشار إليه في موســوعة القضاء – عبد المعين لطفي جمعة – جــ٢ – ص ١٧٣ –عالم الكتب، وحكم محكمة النقض بتاريخ ١٤/٧/١٩٦٧م طعــن مــدني ٢١ لسنة ٣٢ق، المحاماة – السنة ٤٨ – العدد ١٠ – قاعدة ٥٣٦ – ص ٨٩، راجع حكم محكمة الــنقض المدني في ٣/١٢/١٩٤٩م – مجمــوعــة عمر ٥ رقم ٣٧٨ – ص ٧٠٩، وحكم النقض المدني في ٤/٥/١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ – ص ٣٥٦، وقد جاء في هذا الحكم أنه: "إذا كان الثابت في الحكم المطعون به أن الضرر الذي يشكو من طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للري ، كان موقتاً ثم زال سببه، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتماً في زمن وجيز، ثم تبقى له على مر الزمن، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك، قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت.

ومهمـا كـان الخطـأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشـر[1]؛ لأنـنا بصـدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر ولسنا بصـدد عقوبـة جنائية يعول فيها على جسامة الخطأ ، إلا أن القضاء من الناحـية العملـية ، وبحكم المشاعر الطبيعية في الإنسان يدخل في حسابه درجة جسامة الخطأ ، ومن ثم جاء نص المشروع التمهيدي للمادة (٢٣٧) مدنـي مصـري صـريحاً فـي هذا المعنى ، حيث ذكر أن القاضي يقدر التعويض مراعياً في ذلك الظروف وجسامة الخطأ ثم استبدلت لجنة القانون المدنـي بمجلـس الشيوخ بهذه العبارة عبارة : "مراعياً في ذلك الظروف الملابسـة" ، لأن جسـامة الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف[2]، ويرى الأسـتاذ الدكـتور السـنهوري: أن جسامة الخطأ ليس لها دخل في تقدير الـتعويض وإن كـان لها دخل في تقدير الضرر ، ولا يجوز أن يحتج بأن نص المادة (١٧٠) مدني ، تعول على الظروف الملابسة ، ولا تعول على جسـامة الخطـأ التي حذفت من المادة (٢٣٧) من المشروع التمهيدي ، إذ مـن الملاحـظ أن لجنة القانون المدني حين حذفت عبارة: جسامة الخطأ ، واسـتبدلت لهـا عبارة : الظروف الملابسة ، لم تشأ أن تغفل دور جسامة الخطـأ، بل ولم ترد أن تستبعدها من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض، لأنهـا وكما أفصحت عن ذلك تدخل في عموم الظروف الملابسة ، ومن ثم فإنها تكون عاملاً في تقدير التعويض[3].

---

[1] السنهوري – الوسيط – ص ٩٧٣، د. الصدة – السابق – ص ٦٢٧.

[2] مجموعـة الأعمـال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٠، د. عبد المنعم الصدة – السابق – ص ٦٢٨، د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع والمكان السابقان.

[3] د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٩٧٤ – هامش (١)، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩٣ وما بعدها.

الوقت الذي يقدر فيه الضرر:

٢٥٩- من المعروف أن التعويض يكون بمقدار الضرر ، ولكن ما هو الوقت الذي يقدر فيه الضرر ؟ ، هل هو وقت وقوع الضرر ، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به ؟ ، أو أن وقت تقديره يوم صدور الحكم به ؟ ، الواقع أن هذه المسألة لا يثور بحثها إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد ظل في مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع إلى يوم صدور الحكم ، وإنما يثور الحكم إذا كان الضرر قد تغير يوم صدور الحكم عما كان عليه قبل ذلك ، وقد أثارت هذه المسألة اختلافاً في الرأي بين الفقهاء ، فذهب بعضهم إلى أن الحق في التعويض يوجد من وقت صدور الحكم في دعوى المسئولية بحيث يكون الحكم منشئاً له ، استناداً إلى أن الوقت الذي يقدر فيه الضرر هو وقت صدور الحكم ، ومنهم من ذهب إلى أن العبرة في وقت تقدير الضرر بيوم وقوعه استناداً إلى أن الحق في التعويض يوجد من هذا الوقت[١].

والرأي الراجح في الفقه ، أن وقت نشوء الحق في التعويض هو الوقت الذي نشأ فيه الضرر ، أما الوقت الذي ينظر إليه عند تقدير الضرر، فهو يوم صدور الحكم ، وذلك لأن النتائج التي تترتب على عمل ضار ليس من المفروض فيها أن تظل ثابتة لا تتغير فقد تشتد أو تختلف تبعاً لظروف مختلفة ، ومن ثم فهي لا يمكن أن تتحدد إلا حين اللجوء إلى القاضي كي يقوم بهذا التقدير[٢].

---

(١) د. عبد المنعم الصدة – ص ٦٢٨ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق نفسه – فقرة ٤٨٨.

(٢) د. عبد المنعم الصدة – ص ٦٢٩، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم، مراعياً التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه ومراعياً كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه، وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها، ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أياً كان سببه غير منقطع

"ويترتب على ذلك أن دين التعويض الذي يحكم به في دعوى المسئولية لا يسقط بالتقادم إلا بانقضاء المدة المقررة من يوم صدور الحكم، وإذا اشتد الضرر فصار أسوأ مما كان ، كما لو بدت إصابة المضرور طفيفة ، ثم تطورت إلى عاهة مستديمة ، فإن القاضي يراعى عند تقدير التعويض ، ما وصلت إليه حالة المضرور بوجود هذه العاهة يوم صدور الحكم ، وإذا صار الضرر أخف مما كان كما لو بدت الإصابة خطيرة في أول الأمر ، ثم تحسنت بعد ذلك ، فإن القاضي يراعى في تقدير التعويض هذا التحسن في ضوء حالة المضرور يوم صدور الحكم[1].

الصلة به"، راجع: نقض مدني في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧، مجموعة عمر ٥ – رقم ١٨٥ – ص ٣٩٨. وراجع : د. عبد الحي حجازي – السابق – ص ٥١٢ وما بعدها.

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة – المرجع نفسه – ٦٣٠، والوسيط للسنهوري – ص ٩٧٥ وما بعدها.

المطلب الثاني

التعويض عن الضرر الأدبي

٢٦٠- يقتضي الكلام عن تعويض الضرر الأدبي بيان موقف القانون المعاصر من هذا التعويض ، لأن ذلك البيان يمثل أهمية خاصة ، بعد ذلك التحول التشريعي الذي أصبح ينظر إلى هذا التعويض بنفس النظرة التي ينظر بها إلى الضرر المادي ، وبالمخالفة لما كان الفقه والقضاء قد استقرا عليه سلفاً ، من النظر بحرج إلى تقدير ذلك التعويض والحكم به ، وذلك لنأى القيم الأدبية عن التقييم بالمال ، وصعوبة هذا التقييم عند تقديره ، ولكن تلك النظرة قد اختلفت وتغيرت ظروفها ، وأصبح للتشريع موقف محدد حيال هذا النوع من التعويض ، كما أصبح للقضاء فيها مواقف وسوابق ، تجعل الحكم به أمراً عادياً ، ونود أن نبين ذلك.

أولاً: موقف التشريعات المعاصرة من تعويض الضرر الأدبي :

٢٦١- كان وجوب التعويض عن الضرر الأدبي محل جدل كبير في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، حيث كان كثير من الشراح يرون أنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي ، وكانوا يؤسسون رأيهم على عدة اعتبارات منها :

أولاً : أن المقصود بالتعويض يتمثل في جبر النقض الذي حصل في ثروة مالية بدلا من ذلك الذي نقص منها، والضرر الأدبي ليس كذلك ، حيث لم يحصل فيه مساس بثروة الشخص ولا بمصالحه المالية.

ثانياً : كما أن القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي لا يتواءم مع ما تقضى به مبادئ الأخلاق ، إذ كيف يستساغ أخذ مبلغ من النقود عن ضرر يصيب الشرف أو العاطفة أو الحنان ، انه لمما يؤذى الحياء أن

يطالب الشخص بمبلغ من المال تعويضا عن فقده لولده أو أمه أو أخيه[1]، وإنـــه لممــا ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية ، فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها[2].

ثالــثاً : ثــم إن تقويم الضرر الأدبي لا يمكن أن يكون إلا تحكمياً إذ من المســتحيل أن نقدره بالمال ، وعندئذ يكون الخلاف كبيراً بين المحاكم في تقويمهــا لذلــك الضــرر[3] ، كما أن تقدير الضرر الأدبي سوف يختلف باخــتلاف الأشخاص أيضاً مع اختلاف المحاكم في تقديره ، ومن ثم فإن تقديره سيكون تحكمياً لا يمكن أن يحقق العدالة[4].

٢٦٢ – وقــد كــان جانب من الفقه يميز بين ضرر أدبي يجوز تعويضه، وضــرر أدبــي لا يجوز فيه التعويض ، وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في وضــع حــد لهذا التمييز ، فمنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبي الــذي يجر إلى ضرر مادى، ولا يعوض إلا هذا الضرر المادي وحده[5]، فهــؤلاء – إذن – لا يجــيزون تعويض الضرر الأدبي في ذاته ، كما أن مــنهم مــن كــان يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة جنائية[6].

---

(١) د. عـبد الحي حجازى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – ص ٤٧٤. د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٥ وما بعدها، د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٦.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٦.

(٣) د. عبد الحي حجازي – المرجع والمكان السابقان.

(٤) د. سليمان مرقس – المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى – المكان السابق ، د. مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – ص ١١٩، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٣٣٩، د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – ص ٤٦٥.

(٥) د. السنهورى – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٦.

(٦) Aubry Reu: Droit civil Francais, Tome.6, No. 445, PP. 345:348 ed. 1951, Paris.

وبالـــنظر في أساس هذا التمييز نجد أنه لا يقوم على سبب معقول أو معـــيار مستســـاغ ، كما أن منهم من يجيز التعويض في الضرر الأدبي الـــذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه يجر في العادة إلى ضرر مالى ، ولا يجـــيزه فـــي الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور ، لأنه يتمخض ضرراً أدبياً خالصاً لا يمتزج به ضرر مادي[1].

كـــم كانـــت أحكام القضاء تجرى على منوال ما يراه الفقه آنئذ من عـــدم صـــلاحية الضـــرر الأدبي للتعويض ، ومن هذا القبيل ما قضت به بعـــض المحـــاكم المصـــرية من أن الضرر الأدبي لا يكفى لإجابة طلب المدعـــى بالـــتعويض ما دام المدعى لم يصبه أي ضرر مادي ، أو تأسيساً على أن الشرف لا يقّوم بالمال[2] ، وكذلك الحزن والألم[3] ، وأن التعويض لا يســـتحق إلا عـــن ضرر اختل به نظام حياة المضرور بسبب موت من يـــنفق عليه[4] ، ومن أنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعـــدم ســـهولة تقويـــم هذا الضرر ، لأنه لا يصح أن يكون أساساً للاتجار المالي [5].

---

(1) د. السنهورى – الوسيط – المكان السابق.

(2) راجـــع: حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٨/١/٣ – مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥، واستئناف مصر فى ١٩٢٧/٢/٢٥، المحاماة ٧-٨٧٣-٤٩٨، ١٩٢٨/٢/٧، المحاماة ٨-٨٦٦-٥٢١.

(3) استئناف مختلط فى ١٩٢٦/١/٢٨م، مجلة التشريع والقضاء المختلط – السنة ٣٨ – ص ٢١٠.

(4) استئناف مختلط فى ١٩٢٨/١/٣ – مجلة المحاماة ٨-٧٦٤-٤٦٥.

(5) حكم محكمة استئناف مصر في ١٩٣١/١١/٢٦، المحاماة ١٢-٦٣١-٣١٥ – وقد قضت محكمة المنصورة الابتدائية الوطنية في ١٩٣٧/١١/٢٢ بأنه: " إذا كان يجوز للحكومة المطالبة بتعويض الضرر المادي، فإن هيبتها أسمى من أن تطالب بالتعويض المدني وكرامتها فوق الاعتبارات المالية، لأن شرف الدولة واعتبارها هو بعض المصلحة العامة التي تحميها الدعوى العمومية، وأن مواد قانون العقوبات التي وضعها الشارع لحماية الموظفين والهيئة النظامية كفيلة بإبراز سطوة الحكومة وصيانة هيبتها" ، مشـــار إليه في سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٦ وما بعدها – هامش (٢)، وراجع: حكم محكمة استئناف أسيوط في ١٩٣١/١٢/١٢، المحاماة ١٢٠ - رقم ٣٨٢.

إجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي :

٢٦٣- غير أن الفقه قد اعتراه تغيير يشبه الإجماع على خلاف ما ذهب إليه رأى الفقه السالف ، وأصبح الأمر مستقراً على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وإذا كان الفقه - سلفاً - قد بنى رأيه على اعتبارات وجد من خلالها أن جواز التعويض لا مبرر له ، فإنه اليوم قد وجد من المبررات ما يجعله يعدل عن رأيه السابق ، حيث استبان مما كان يقال بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض لم يسلم من النظر ، إذ ليس المقصود بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود ، وإلا فإن آثار الضرر الأدبي لا تمحى ولا تزول بتعويض مادي[(١)]، ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي [(٢)]، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها ، وعلى هذا الأساس يمكن تعويض الضرر الأدبي [(٣)] ، فقد يكون صحيحاً من الناحية النظرية أن يقال: إن الضرر الأدبي لا يمكن إصلاحه بالنقود ، ولكن يمكن كذلك أن يقال : إن النقود إذا لم تستطع إصلاح كل الضرر فإنها على الأقل تساعد على التخفيف منه[(٤)]، أو هو على الأقل يشكل بديلاً لإرضاء المجني عليه أو المضرور ، هذا فضلاً عن أنه ينبغي أن يراعى أنه ليس من العدالة ألا يجازى المخطئ ، فالتعويض في هذه الحالة يعتبر نوعاً من العقوبة التي يحكم بها لصالح المضرور[(٥)].

---

(١) د. السنهوري - الوسيط - جـ١ - ص ٨٦٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٤٩١؛ د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - الكتاب الأول - ص ٤٤٠ وما بعدها، هامش (٢) - طبعة ١٩٥٤م. د. جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٤٨٥.

(٢) د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع والمكان السابقان.

(٣) المرجع والمكان السابقان، د. عبد الحي حجازي - السابق - ص ٤٧٤.

(٤) د. عبد الحي حجازي - المرجع والمكان السابقان.

(٥) د. توفيق فرج - مصادر الالتزام - ص ٢٥٣ - طبعة ١٩٧٨م.

وبناء على ذلك ، فإن من أصيب في شرفه واعتباره يجوز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وأن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ولو ضئيل ، كفيل برد اعتبار المضرور[1]، وأن من أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالي فتح له المال أبواب المواساة التي تكفكف من شجنه ، والألم الذي يصيب الجسم ، يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه[2]، وأما تقدير مبلغ التعويض فإنه ليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادي ، وما على القاضي إلا أن يقدر مبلغاً يكفى عوضاً عن الضرر الأدبي دون غلو في التقدير ولا إسراف[3]، أما عن إمكان حصول تحكم من جانب المحاكم في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ، فثمة أمور كثيرة ، يكون مرجع الأمر فيها إلى مجرد تقدير القاضي ، دون أن يمنع ذلك من الالتجاء إليه في مثل هذه الأمور[4].

٢٦٤- وقد انقضى هذا الخلاف من زمن، وأصبح الإجماع منعقداً في الفقه وفى القضاء على أن الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي [5]، وقررت محكمة النقض المصرية : أن الضرر الأدبي يصح أن يعوض عنه تعويضاً مادياً لأن التعويض المادي - مهما قيل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي - يساعد ولو بقدر على تخفيف ألم

---

(1) د. السنهورى - الوسيط - جـ١ - ص ٨٦٧، والأحكام القضائية المشار إليها فيه، د. حشمت أبو ستيت - نفس المكان السابق، د. عبد المنعم الصدة - المرجع والمكان السابقان، د. جميل الشرقاوى - المرجع والمكان السابقان.

(2) الوسيط للسنهورى - نفس المكان السابق.

(3) الوسيط - نفس المكان، وراجع:

(4) د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٤٧٥.

(5) د. سليمان مرقس - السابق - ص ١٥٧.

المضـــرور[١]، وقـــد حكمـــت سائر المحاكم مراراً بالتعويض عن المساس بالشـــرف وبالتعويض عن الألم النفسي الناشئ عن فقد عزيز[٢]، غير أنها فـــي هـــذا الـــنوع الأخـــير مـــن الضرر الأدبي ، قصرت التعويض على الأشـــخاص الذين تربطهم بالفقيد صلة زوجية أو صلة نسب شرعي وثيقة كالزوج والأب والأم والأولاد والأخوة ورفضت تعويض الصديق والخليلة، بـــل جعلـــت الـــتعويض مقصـــوراً في حالة تعدد الأقارب الشرعيين على أقـــربهم درجـــة إلـــى الفقـــيد كالأب والأم والأولاد[٣] ، بل إن جل قضايا التعويض الآن مرفوعة بسبب ضرر أدبي .

ويســـتفاد مـــن قضاء المحاكم في هذا الشأن أنها كانت تعتبر الأمر فـــي صـــلة طالـــب التعويض بعزيزه الذي أفقده إياه الفعل الضار ، وفي كفايتها أو عدم كفايتها لإقامة وزن الألم الذي أصابه من فقد عزيزه ، أمراً مـــتعلقاً بالواقع ، ومتروكاً تقديره للمحكمة بحسب ظروف كل حال ، على أن المحـــاكم مع تسليمها بالتعويض عن الضرر الأدبي ، جرت في الغالب علـــى التقتـــير ، في تقدير التعويض المالي عنه رغبة منها في قصر هذا الـــتعويض فـــي حدود معقولة ، حتى لا يكون الضرر الأدبي مصدر إثراء للمضرور[٤].

الضرر الأدبي في التقنينات العربية الجديدة :

٢٦٥– وقـــد جاءت نصوص التقنينات العربية الجديدة ترجمة لهذا الاتجاه الفقهـــي وتأكـــيداً له ، فنصت على وجوب تعويض الضرر الأدبي ، وكان

---

[١] حكم محكمة النقض فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م، مشار إليه فى سليمان مرقس – السابق – ص ١٥٧ – هامش (٧٦).

[٢] نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ – مجلة المحاماة ٣٢-١٣٥٤-٤٢٤.

[٣] د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ١٥٨.

[٤] المرجع والمكان السابقان، والوسيط للسنهورى – جـ١ – ص ٨٦٨ والأحكام المشار إليها فيه.

أســبقها في هذا الصدد التقنين التونسي ، ثم التقنين المغربي حيث جعلا في المادتيــن (٨٢ ، ٨٣ / ٧٧ ، ٧٨) الضــرر الأدبي على قدم المساواة مع الضــرر المــادي في وجوب التعويض ، ثم تلاهما التقنين اللبناني ، حيث نــص فــي المادة (١٣٤) فقرة ثانية ، على أن الضرر الأدبي يعتد به كما يعــتد بالضرر المادي ، ثم أضاف إلى ذلك في الفقرة الثالثة ، أن القاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم[1].

وقــد رأى المشــرع المصــري عند تنقيح القانون المدني أن يقنن أحكام المحاكم المصرية في هذا الشأن بعد تحديد قضائها وإيضاحه ، فنص فــي صــدر الفقــرة الأولى من المادة (٢٢٢) على أن: "يشمل التعويض الضــرر الأدبي أيضاً ..." ، فقرر بذلك المبدأ الذي استقرت عليه المحاكم مــن قــبل، بــل وضع الضرر الأدبي من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي ، وذلك سواء في المسئولية التقصيرية ، أم في المسئولية العقدية ، لأن هذا النص ورد في باب آثار الالتزام بوجه عام[2].

---

(١) د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية – القسم الأول – ص ١٤٧ – طبعة ١٩٧١م.

(٢) المرجع والمكان السابقان، وراجع : الوسيط للسنهوري – جـ١ – ص ٦٨٢ حيث يقول: وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام وعن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية بوجه خاص، وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عــن الضــرر الأدبي في المســئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم، فإن بعضاً من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية، حيث كانت تقاليد القانون الفرنسي القديم لا تجيز هذا التعويض وذلك بالمخالفة لرأى الكثرة من الفقهاء الفرنســيين الذيــن يرون جوازه، وفي القانون المدني المصري، فإن نص المادة (٢٢٢) مدني، صريح في جواز التعويض عن المسئولية العقدية والتقصيرية.

ومن أحكام المحاكم في هذا الصدد ما يقضي بالتعويض عن الإخلال بتنفيذ العقد الخاص بصورة عائلية، حكم محكمة باريس في ١٨٩٧/١٢/٢: Dalloz, 1989-2-465 وعن ذكر صاحب المسرح اسم ممثلة كبيرة في الإعلانات بحروف صغيرة تقلــل مــن مكانتها عند الجمهور، راجع: حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – ص ٤٠٧ – طبعة ١٩٤٣م، وعن إخــلال العــامل بعقد العمل على نحو يؤثر في هيبة صاحب العمل لدى العمال، حكم محكمة تولوز في ١٨٨٩/٧/١٢م: Dalloz, 1891-3-29، وسان تيان في ١٩٠١/٤/٢٦م Siary, 1904-2-116.

ولا يعارض هذا المعنى ما اتجه إليه التقنين العراقي حين أورد ما يقابل هذا النص في المادة (٢٠٥) الواردة في باب الأعمال غير المشروعة، ومن ثم ذهب الفقه إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون في المسئولية التقصيرية ، دون المسئولية العقدية تأسيساً على ورود النص في باب الأعمال غير المشروعة ، حيث لا يمنع ذلك من وجوب التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسئولية العقدية أيضاً ، إذ الإخلال بالالتزام الواجب أداؤه فيها ، لا يمكن النظر إليه على أنه من قبيل الأعمال المشروعة[1].

٢٦٦- وقد رأى المشرع المصري : أن إطلاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي يجعله شاملاً للضرر الأدبي الذي يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر أصلى مادي يقع على شخص معين ، كالحزن الذي يصيب أقارب القتيل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه ، وغيرهم ممن يشعرون معه بصلة المودة والألفة ، وأنه يخشى من ذلك أن يحفز عدداً كبيراً من أولئك الأقارب والأصدقاء إلى المطالبة بتعويض ما أصابهم من ألم بسبب الاعتداء على قريبهم أو صديقهم فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد ويبهظ ذلك ذمة المسئول ، وقد يسبب إعساره ومزاحمة طالبي التعويض بعضهم البعض في اقتسام أمواله حتى ينقلب ذلك ضد

---

[1] في هذا المعنى: د. حسن الذنون – النظرية العامة للالتزام – جـ١ – ص ٣١١ – فقرة ٢٦٧ – بغداد سنة ١٩٦٩م. وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة ٣٠٠ والتي حل محلها المادة ٢٣٨، ثم المادة ٢٢٢ مدني مصري: يعتد في المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبي وفقاً للأحكام التي تقدمت الإشارة إليها في المسئولية التقصيرية، وغني عن البيان أن تصور الضرر الأدبي أيسر في نطاق المسئولية التقصيرية منه في نطاق المسئولية التعاقدية على أن ذلك لا ينفي إمكان قيام المسئولية عن الضرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية، فمن ذلك مثلاً امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة، راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٣ – ص ٥٦١-٥٦٨.

مصلحة الأقارب الأقربين إذ لا يحصلون من التعويض المستحق لهم إلا على النذر اليسير[1].

لذلك آثر المشرع المصري في التقنين الحالي أن يحسم الأمر بنص قانوني يقصر حق طلب التعويض المالي عن الضرر الأدبي المرتد ، على فئات معينة من أقارب المجني عليه الأصلي. فنص في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٢) ذاتها : على أنه : لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب[2].

وقد نص على ذلك التقنين السوري ، في المادة (٢٢٣) منه، والتقنين الليبي في المادة (٢٢٥) منه ، وبذلك قيد المشرع المصري والسوري والليبي المحكمة في شأن الصلة الواجب توافرها بين طالب التعويض عن الضرر الأدبي المرتد عليه ، وبين عزيزه الذي فقده ، فلم يجز لها البحث في تحقق الضرر ، ولا الحكم بالتعويض عن الألم الذي يصيب طالب التعويض من جراء موت عزيزه المذكور ، ما لم يكن طالب التعويض زوجاً لذلك العزيز أو قريباً له من الدرجة الثانية ، أي أن المشرع قصر سلسلة الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الألم الذي يصيبهم من موت قريب لهم على الأولاد والأحفاد والآباء والأجداد، والأمهات والجدات والإخوة والأخوات والأزواج والزوجات دون غيرهم[3].

---

(1) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٤٨، والفعل الضار – السابق – ص ١٦٠.

(2) وقد صدرت أحكام محكمة النقض المصري تطبيقاً لهذا النص، راجع نقض مدني مصري في ١٩٦٦/٣/٢٢م، مجموعة أحكام النقض ١٧-٦٣٦-٨٨، ونقض مدني في ١٩٧٥/١١/٤م، مجموعة أحكام النقض ٣٦-١٣٥٩-٢٥٩.

(3) السنهوري – الوسيط – جـ١ – فقرة ٥٧٩، د. أحمد حشمت أبو ستيت – السابق – فقرة ٤٦٨، د. سليمان مرقس – المسئولية المدنية في تقنينات الدول العربية – السابق – ١٤١٩، د. جمال زكي – السابق – فقرة ٢١٥.

٢٦٧- وقـد جـاء فـي مذكـرة المشروع التمهيدي للمادة (٢٢٢) مدني مصري ما يأتي : استقر الرأي في العصر الحاضر على وجوب التعويض عـن الضرر الأدبي بوجه عام ، بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد ، وقد عمدت بعض تقنينات قديمة ، كالتقنين الهولندي وغالبـية سـاحقة من التقنينات الحديثة ، إلى إقرار هذا الحكم في نصوص التشـريع ، وقـد بلـغ مـن أمر هذه النزعة أن أورد المشروع الفرنسي الإيطالـي فـي المادة (٨٥) أمثلة تطبيقية في هذا الشأن ، من ذلك ما نص علـيه من أنه : يجوز للقاضي بوجه خاص ، أن يحكم بتعويض المضرور عمـا يصيبه من ضرر في جسمه ، أو مساس بشرفه أو سمعته ، أو سمعة عائلـته ، أو حريـته الشخصـية أو انتهاك حرمة مسكنه ، أو حرمة سر يحرص عليه ، وله كذلك أن يحكم للأقارب والأصهار والأزواج بالتعويض عمـا يصـيبهم مـن ألم عند موت المضرور[١]، كما أن نصوص القانون الفرنسـي الحديـث فـي عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبـي، بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي[٢]، وقد أقر القضاء الفرنسـي هذا المبدأ منذ عهد طويل ووطده في أحكام كثيرة[٣]، وعلى هذا المـبدأ اسـتقرت التقنينات الحديثة[٤]، حتى إنه لينذر أن نجد اليوم تشريعاً يتخذ من مسألة التعويض عن الضرر الأدبي موقفاً سلبياً ، وباستثناء دولتي

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٩١.

(٢) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٨٦٦.

(٣) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٨٣٣/٦/١٦م Sirey, 1833-1-458.
وحكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢١/١٠/٢٥م Dalloz, 1922-1-163 وفي ١٩٣٨/٦/٢٣م Gazette de palais, 1937-1-399 وحكم محكمة ديجون الاستئنافية في ١٩٤٦/٧/٢٥م Gazette de palais, 1946-2-206.

(٤) مـثل المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري، والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوي، والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي، والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني، والمادة ٣٤٨ مدني يمني، والمادة ١٦٦ من القانون البولوني، راجع: د. السنهوري – السابق – ص ٨٦٩ هامش (١).

الاتحاد السوفيتي والصين اللتين تقوم فلسفة القانون عندهما على اعتبارات مادية بحته ، نجد باقي البلاد الاشتراكية تقر التعويض عن الضرر الأدبي، بـل أن بعـض الدول وخاصة بولونيا ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا تعتبر التعويض عن الضرر الأدبي أمراً موافقاً لمبادئ الاشتراكية[١].

وقد كان هناك رأى قديم في الفقه الفرنسي يرى أن الضرر الأدبي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض بحجة أن قواعد المسئولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر ، وليس من المعقول أن يقوم الضرر الأدبي بالمال حتى تتيسر هذه الموازنة ، ولكن ما إن قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدب عام ١٨٦٣م ، حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه[٢].

ثانيا : أنواع التعويض عن الضرر الأدبي :

٢٦٨- وأنواع التعويض عن الضرر تختلف باختلاف نوعه وما إذا كان الضرر مادياً أو أدبياً .

ومن المعروف أن تعويض الضرر المالي أمره سهل ، لأنه مقدر بمقدار الضرر ، وهو أمر يمكن الوقوف عليه من خلال ما رسمته المادة (١/٢٢١) من التقنين المدني المصري بقولها : " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر في الوفاء به " ، فالمادة المذكورة قد

---

(١) Viney, OP. Cit, p.311.

وراجع: د. سليمان مرقس – الوافي – الفعل الضار – ص ١٥٧ – هامش ٧٥.

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ والضرر – فقرة ٢٤٢ – ص ٤٦٥، والأستاذ مصطفى مرعى – المسئولية المدنية – فقرة ١٢٤، والأستاذ حسين عامر – المسئولية المدنية – فقرة ٢٣٩، د. محمد حسين الشامي – ركن الخطأ في المسئولية المدنية – فقرة ٢٥٢.

رسمت الأساس الذي يستطيع به القاضي أن يقدر الضرر على نحو يصيب فيه مقصد القانون[1] .

لكــن الأمر في مجال التعويض عن الضرر الأدبي مختلف ، لأن الـتقدير فــيه يقــوم على اعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شــخص لآخــر ، ولئن كان فيها ما يستوجب التفاوت في القيمة من جراء اقــتران الضـــرر الأدبي بضرر مالي غالباً ، فإن القيمة المادية مؤثرة في تقديــر الضـــرر الأدبي ، أو لعلها كما يرى جانب من الفقه تعد مؤشراً من المؤشــرات التــي يمكــن بمقتضـــاها تقديــر قيمة التعويض عن الضرر الأدبــي[2]، وإذا كـــان الـــتعويض العيني صورة يمكن الأخذ بها في مجال الـــتعويض عن الضرر الأدبي ، إلا أن نطاقها فيه سيكون محدودا بصور معـــدودة للضـــرر الأدبي ، وسيظل التعويض بمقابل هو ميدان التقدير في الضرر الأدبي ، ونظراً لأنه يتعلق بتقدير قيم أدبية وكيانات معنوية ، فإنه ســيظل فـــي طريقة تقديره ، مختلف عن الضرر المادي كما سبق القول ، وفـــي هـــذا الإطار ، سوف نبين أنواع التعويض عن الضرر الأدبي وهي على الجملة نوعان :

أولهمـــا : الـــتعويض العينـــي عـــن الضـــرر الأدبـــي . وثانـــيهما : الـــتعويض بمقابل، ويمكن القول : إن الضرر الأدبي كالضرر المادي من ناحـــية الطـــرق التي يمكن أن يعوض بها مع اختلاف طبيعة كل منهما ، حيـــث يـــرد الأول على الذمة المعنوية للشخص ، بينما يتقرر الثاني على الذمة المالية ويبدو ذلك فيما يلي :

---

[1] د. سليمان مرقس – الفعل الضار – ص ٥٠٧ .

[2] د. سليمان مرقس – السابق – ص٥٠٦ وما بعدها . د. أنور سلطان – الموجز في النظرية العامة للالتزام – ص٣٥٦ حيث يعنون التعويض : بأنه جزاء المسئولية ، وهو جزاء مدني بالطبع .

(١) التعويض العيني للضرر الأدبي :

٢٦٩- ومحــل الالــتزام بهذا التعويض ، قيام المدين به ، المسئول عن الفعل الضار بأداء شيئ للدائن المضرور يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعــل الضــار ، وقــد نصت علي هذا النوع من تعويض الضرر بنوعيه المــادي والأدبي ، المادة (١٧١) من التقنين المدني المصري بقولها : يعين القاضــي طــريقة الــتعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً .... ثم تقول المادة : على أنه يجــوز للقاضي تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض ، وقد نصت على هذا المعنى المادة (٢٠٩) مدنــي عراقي ، والمادة (١٣٦) مدني لبناني ، وهي تقضي : بأن يكون التعويض في الأصل من النقود ، ويخصص كبدل عطل وضرر غير أنه يحق للقاضي ، أن يلبسه شكلاً يكون أكثر ملاءمة لمصلحة المتضرر ، فــيجعله حينئذ عينياً ، ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد .

وبــناء علــى مــا ورد في المادة (١٧١) مدني سالف الذكر ، وما يقابلهــا في التقنينين العراقي واللبناني ، يستبين أنه يجوز للقاضي أن يأمر علــى ســبيل الــتعويض العينــي في دعاوى القذف والسب ، بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا الحكم يعتبر تعويضاً عينياً عــن الضــرر الأدبي الذي أصاب المدعي[١] ، بل إن الحكم بالمصروفات

---

(١) الوسيط للسنهوري – جـ١ – فقرة ٦٤٤ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – السابق – ص ٢٢١ ، د. حسام الدين الأهواني – الحق في الخصوصية – السابق – ص٤٣٢ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – السابق – ص٥٠٦ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – السابق – ص٥٣١ ، وراجع : حكم محكمة النقض في ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة أحكام النقض ١٨ -٦٣٦-١٠٠ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ ص٢٩٦ وما بعدها .

علـــى المدعـــى عليه في مثل هذه الأحوال والاقتصار على ذلك قد اعتبر تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحـــوظ فـــيه هو المعنى الذي تضمنه ، وقد أجاز المشرع الفرنسي الأخـــذ بهذا النوع من التعويض ، بنصه في المادة (٨٠٩) مرافعات ، التي تـــنص علـــى أنه : " يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخـــاذ إجـــراءات إعادة إلى الحالة أصلها ، لوقف التعرض الواضح عدم مشروعيته "[1] .

حق الرد أو حق التصحيح :

٢٧٠ – ومـــن تطبـــيقات الـــتعويض العيني للضرر الأدبي ، حق الرد أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمناً ما ينطوي على مساس بحق من الحقـــوق الأدبية ، حيث تذهب معظم قوانين الصحافة في العالم إلى إعطاء الأفـــراد الحق في الرد على ما تنشره الصحيفة وتلزم الصحيفة التي نشرت المقـــال أو التحقـــيق الصحفي بنشر الرد الذي يرد لها من صاحب الشأن ، وقـــانون الصحافة الفرنسي يستعمل حق الرد ، أو الحق في الرد droit de re-sponse. بالنســـبة لما يطلب الأفراد نشره ، بينما يستعمل قانون المطـــبوعات المصري تعبير " حق التصحيح ، وهذا التعبير نفسه يستعمله

---

[1] ستارك–مشاره إليه. في د.سليمان مرقس–السابق–ص٥٣٢،وراجع:د. سليمان مرقس–المرجع نفسه–ص١٥٣ حيث يقرر أنه:كما يبدو لا صعوبة في التسليم بأن الضرر الأدبي يوجب التعويض إذا توافرت فيه الشروط اللازمة،إذا كان يكفي التعويض الأول لجبره،كالنشر في الصحف،أو تقديم اعتذار أو الحكم بمبلغ رمزي (قرش واحد مثلا) في حالات القذف والسب ، إذ يكون الجزاء من جنس العمل. وقد قضت محكمة استئناف مصر في ٤ يوليو سنة ١٩٧٣م بإلزام المسئول عن الضرر الأدبي بمبلغ زهيد كـــتعويض رمزي،وقضت في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ إذا تبين أن نشر الحكم في إحدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الأدبي فـــلا محل للحكم بتعويض مالي،كما قضت محكمة استئناف إسكندرية المختلطة بأنه:يعتبر تعويضاً أدبياً كافياً لجبر الضرر الأدبي إلزام المسئول بمصروفات الدعوى أو الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة.
(استئناف مختلط في ١٢ يونية سنة ١٩٠٢م،وأول مارس سنة ١٩٠٥م،وراجع:د. توفيق حسن فرج– السابق–ص٣٦٧ .

القـــانون المصـري ، عندما تطلب السلطات العامة نشره ، والذي يعادل في القانون المصري ، البلاغات الرسمية[1] .

والمـــادة (٢٤) مـــن قانون المطبوعات المصري تقرر أنه : على رئيس التحرير أو المسئول ، أن يدرج بناء على طلب ذوي الشأن تصحيح مـــا ورد ذكـــره مـــن الوقائع أو سبق نشره من التصريحات في الجريدة ، وينشـــر التصـــحيح في نفس المكان ، وبنفس الحروف التي نشر بها المقال المطلـــوب تصـــحيحه ، ويجـــب أن ينشـــر التصحيح في خلال ثلاثة أيام لاستلامه ، أو على الأكثر في أول عدد يظهر من الجريدة .

ويـــبدو ممـــا ذكرته المادة (٢٤) أن حق التصحيح ينشأ عن كل ما ينشـــر فـــي جـــريدة أو مجلـــة دورية ، فعنصر الدورية يبدو واضحاً من ضـــرورة نشـــر الـــرد خلال ثلاثة أيام في أول عدد ، ولا مشكلة إذا كان الاعتداء على الحق الأدبي قد تم بواسطة إحدى الصحف والمجلات ، حيث يســـتطيع المعـــتدى عليه أن يمارس حقه في التصحيح فيرسل تصحيحاً لما نشر[2] .

وممارسة الحق في التصحيح يبدو فعالاً في حالة ما إذا كان المقال أو الخـــبر يمس سمعة الشخص أو شرفه أو شخصه ، أي أن ينشر إليه ما قـــد يســـيىء إلى سمعته أو اعتباره ، أو نشر ما لا يجوز نشره كالحق في الخصوصـــية ، والقـــانون يعطي لصاحب الشأن الحق في الرد دون حاجة للجـــوء إلـــى القاضي ، واللجوء إلى القاضي لا يكون إلا لاحقاً لطلب نشر

---

[1] د. حسام الدين الاهواني – السابق – ص ٤٢٥ – هامش ١١٢ .

[2] د. حسام الدين الاهواني – السابق – ص ٤٢٦ .

التصحيح ، إذا رفضت الجريد نشره ، أو حدث خلاف حول توافر الشروط القانونية [1] .

المساس بالحق الأدبي في كتاب :

٢٧١ – وإذا كـــان المساس بالحق الأدبي قد تم عن طريق كتاب ، أو عن طـــريق الدوريـــات ، فإن الفقه والقضاء قد استقر في مصر وفرنسا ، على أنـــه لا يجوز إعمال حق الرد طبقاً لأحكام قانون الصحافة أو المطبوعات دون اللجـــوء إلـــى القضاء ، فالرد بهذه الصورة لا يتصور إلا حيث يكون المطـــبوع دوريـــاً أي لا يكـــتمل ولا ينتهي بصدوره مرة واحدة ، ومن ثم يصـــعب القول بالرد حيث لا يتتابع صدور المطبوع ، وإلا فأين ينشر الرد إذا كان المطبوع قد ظهر وانتهى واكتمل نهائياً ؟ .

في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى علـــيه ، حيـــث يلزم الناشر بأن يضيف إلى الكتاب سواء في صدره أم في نهايـــته ، تعقيـــباً أو رداً مـــن المعـــتدى علـــى حقه الأدبي ، أو حقه في الخصوصية على صفحات الكتاب ، ويحدد القاضي حجم ومضمون الرد ، وذلك بشرط أن يكون هناك اعتداء [2] .

ومـــن المؤكـــد أن كفالـــة حق الرد على من أضير في سمعته أو عرضه أو شرفه على صفحات الجرائد السيارة أو الدوريات يعتبر تعويضاً

---

(1) المرجع السابق – ص ٤٢٧ ، وراجع : الوسيط للسنهوري – جـــ١ – ص ٩٦٧ – فقرة ٦٤٤ .
وقد أشارت مجموعة الأعمال التحضيرية – جـــ٢ – ص ٣٩٦ وما بعدها ، إلى أن للقاضي أن يحكم بأداء معين على سبيل التعويض ، كأن ينشر الحكم بطريقة اللصق على نفقة المحكوم عليه أو بنص في القانون على أن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر سباً وافتراء ، وتقر المجموعة أن هذا التعويـــض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ، ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف .

(2) المـــرجع الســـابق – ص ٤٢٨ ، وقد أشار إلى حكم محكمة باريس الابتدائية في فبراير سنة ١٩٧٣م والذي قضى بضرورة وضع ورقة في أول جميع نسخ الكتاب الموجودة لدى الناشر أو الموزعين تتضمن تصحيحاً لبعض المعلومات الخاطئة التي وردت في الكتاب والتي تنطوي على مساس بحق إنسان . ولا يخلو هذا الإجراء من صعوبة في التنفيذ تقلل من جدواه .

عينيـاً يعالج بعضاً من صور التعدي على الحق الأدبي ، وليعالج التعويض بمقابل بقية الصور .

(أ) شروط الحكم بالتعويض العيني :

٢٧٢ – وقد وضع الفقهاء شروطاً للتعويض العيني استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة ، وأداء الالتزامات بصفة عامة ، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي :

(١) أن يكون الحكم بالتعويض العيني ممكناً :

وهذا الشرط مستفاد مما ذكر في الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) مدني مصري ، حيث قيدت ما نصت عليه من إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، بأن يكون ذلك ممكناً ، وكذلك ما تنص عليه المادة (٢١٥) مدني ، من أنه : لا إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه [١] .

(٢) أن يكون التعويض العيني غير مرهق للمدين :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٠٣) بقولها : " إذا كان التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً " ، فيشترط في التنفيذ العيني إمكان حصوله مع عدم إرهاق للمدين ، فإذا كان الحكم بالتعويض العيني ممكناً ولكنه يرهق المدين بنحو يتجاوز فيه الضرر الذي يلحقه ذلك الضرر الذي

---

[١] د. إسماعيل غانم – أحكام الالتزام – ص ١١٢ حيث يمثل لذلك بإمكان الرجوع عن العمل ، أما إذا كان لا يمكن الرجوع فيه كما في إفشاء طبيب سر المهنة وإشاعته عن شخص أنه مريض فلا يمكن التعويض العيني ، وقارن : الوسيط للسنهوري – السابق – ص ٧٩٧ – هامش ٢ حيث يرى : أن محل التعويض العيني هو العمل الذي يتكرر ، أما العمل الذي لا يتكرر فلا يقبل التعويض العيني .

يصـــاب بـــه الدائـــن ، فإنه لا يكون هناك محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني [1] .

(٣) أن يكون التعويض العيني ملائماً :

وقـــد أشارت إلى هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة (١٧١) مدني مصري ، حين نصت على أنه : يجوز للقاضي تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض فإذا كان تنفـــيذ الالـــتزام بعمـــل غير ممكن عيناً أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفســـه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ، ويدفع غـــرامة تهديديـــة إن امتنع عن ذلك ، وذلك كما في امتناع مسئول الجريدة عن نشر الرد المرسل من المضرور [2] ، وإذا كان تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل ، كما في التزام المدين بعدم التعرض للحياة الخاصة للمضرور ، أو قـــام بنشر صورته بدون إذنه ، أو قام بتحريف بعض التصريحات التي تسيىء إليه ، فإن التنفيذ العيني للتعويض يتمثل في قيامه بنفسه بتصحيح ما صـــدر منه ، كما يجوز أن يحكم بأداء أمر معين ، على نحو ما يقضي به من نشر حكم الإدانة بالصحف في دعوى القذف [3] .

(٤) أن يطلب المضرور التعويض العيني :

وقد أشارت إلي هذا المعنى المادة (١٧١) مدني بقولها : وللقاضي أن يحكم بالتعويض عينا ما دام يراه أيسر في نفاذه وأجدى للمضرور ،ولو كـــان المضـــرور قـــد طلـــب الـــتعويض بمقابل،كما أن للقاضي أن يحكم

---

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – المرجع السابق – ص ٥٢٨ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٥٣٩ .

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – السابق – ص ٥٣٠ .

الفصل الثاني
المسئولية عن عمل الغير

٢٧٩- لا تقتصر المسئولية على عمل المسئول الشخصي ، أو عن الأعمال الشخصية ، وإنما تتعدى ذلك إلى فعل الغير ، وهي وإن كانت في الحالة الأولى تقوم على خطأ واجب الإثبات ، فهي في الحالة الثانية تقوم على خطأ مفترض ، وبمقتضاها يكون الشخص مسئولاً عمن هم تحت رقابته أو رعايته كالأولاد بالنسبة لوالدهم ، والتلاميذ بالنسبة للمعلم ، والصبية الذين يعملون في حرفة بالنسبة للمشرف عليهم ، كما يسأل المتبوع عن أعمال تابعة ، وذلك كما في مسئولية رب العمل عن العمال الذين يعملون لديه ، وينبغي بيان ذلك .

المبحث الأول
مسئولية متولي الرقابة

٢٨٠- يقوم أساس هذه المسئولية على نص المادة (١٧٣) مدني ، التي تنص على أن : " ١- كل من يجب عليه قانوناً ، أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره ، أو بسبب حالته العقلية ، أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ، ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته ، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو إلى مشرفه في الحرفة ، ما دام القاصر تحت

إشــراف المعلــم أو المشــرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها ، أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج [1].

شروط مسئولية متولي الرقابة :

٢٨١- ويــبدو مــن نص المادة (١٧٣) مدني ، أن شرط مسئولية متولي الــرقابة تقتضــي أن يكون هناك شخص يتولى الرقابة على الآخر ، وأن يصدر ممن هو تحت رقابته عمل غير مشروع ، ونوضح ذلك فيما يلي :

الشرط الأول : ولاية الرقابة من شخص على آخر (المسئول) :

٢٨٢- حتى تتحقق مسئولية متولي الرقابة يجب - بداهة - أن نكون بصدد شــخص يــتولى الرقابة على الآخر بمقتضى التزام يوجب عليه ذلك ، وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون ، كما في رقابة الأب على أبنائه ، أو العقــد ، كمــا فــي الاتفاق مع مستشفى للأمراض العقلية بخصوص أحد المجانين .

فالقانون يوجب الرقابة على الأب بالنسبة لأبنائه القصر ، الذين هم فــي حاجــة إلى الرقابة طالما لم يبلغ الابن سن الخامسة عشرة ، ومن ثم يكــون المســئول عنه هو من يتولى الرقابة عليه ، كالأب أو الجد ، ويظل القاصــر تحت الرقابة حتى يبلغ هذه السن ، طالما بقي في كنف القائم على تربيــته حــتى يبلغ سن الرشد ، فإذا تجاوز هذه السن ، واستقل عمن كان تحــت رقابــته ، أو من كان قائماً على معيشته ، زالت الرقابة عنه ، ولا يســأل عــنه أحد ، وإذا ذهب القاصر إلى المدرسة ، أو إلى دور التعليم ،

---

[1] يقــابل هذا النص المادة (١٣٨٤) مدني فرنسي ، وقد نصت على أن المخدوم والمتبوع يكونان مسئولان عن الضرر الذي يحدثه الخادم أو التابع في الأعمال المعهود بها إليهما ، وهنا يخالف مسلك المشرع المصري الذي أورد قاعدة عامة تشمل كل مكلف بالرقابة ، راجع : السنهوري – الموجز – ص ٣٥٨.

فـــإن الرقابة تنتقل إلى معلمه في فترة تواجده بالمدرسة ، كما تنتقل الرقابة كذلك إلى المشرف في الحرفة ، وتظل مسئوليته عنه قائمة طالما بقي تحت إشـــرافه فقــط ، فـــإذا فرغ من تعلم الحرفة عادت الرقابة إلى القائم على تربيـــته ، والبنت القاصر حكمها قبل الزواج كحكم القاصر ، فإذا تزوجت انتقلت الرقابة إلى زوجها إن كان مستقلاً ، فيكون مسئولاً عنها ، حتى تبلغ ســـن الرشـــد ، أمـــا إذا كان الزوج نفسه تحت رقابة غيره لقصره أو لأي ســـبب آخـــر ، فإن متولي الرقابة على الزوج يتولى الرقابة على الزوجة أيضاً ، ويكون مسئولاً عن كل منهما [1] .

فـــإذا بلـــغ القاصر سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يـــزال فـــي دور التعليم ، بل حتى ولو بقى في كنف ذويه ، ولا يسأل أحد عـــنه لا فـــي البيـــت ولا في المدرسة ، ولا في الحرفة ، وتتحرر الزوجة القاصـــرة كذلـــك بـــبلوغها سن الرشد من رقابة زوجها ، أو رقابة متولي الرقابة على زوجها .

وقـــد تدعو الحاجة إلى إبقاء الرقابة على الشخص بعد بلوغه سن الرشـــد بســـبب مـــرض عقلـــي أو جسمي كمن بلغ سن الرشد مجنوناً أو معـــتوهاً، أو ذا غفلـــة ، فـــإن الرقابة تظل عليه ، ويتولاها ولي النفس أو الزوج أو الزوجة إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة ، أو من تنقل الـــرقابة إلـــيه اتفاقـــاً كمديـــر المستشفى أو الطبيب ، أو الممرض أو أحد الأقارب [2] ، ومن ثم يبدو أن المسئول هو كل شخص بينه وبين من صدر منه الخطأ علاقة تبعية .

---

(1) السنهوري – الموجز – ص ٣٥٨ وما بعدها .

(2) السنهوري – السابق ، د. مصطفى مرعي – المسئولية المدنية – ص ١٩٦ وما بعدها .

الشرط الثاني : صدور عمل غير مشروع من المخول بالرقابة (موضوع المساءلة) :

٢٨٣- كما يشترط - حتى تتحقق مسئولية متولي الرقابة - أن يصدر ممن هـو تحت رقابته ، عمل غير مشروع ، أي يثبت خطأ من جانبه ـ أو أن يكـون هـذا الخطـأ مفترضاً ، فإذا قامت مسئوليته قامت بالتالي مسئولية متولي الرقابة .

ويجب التفرقة في هذا الشأن بين ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً أو غـير مميز ، فإذا كان الخاضع للرقابة غير مميز بأن كان صغيراً دون السـابعة ، أو كـان مجنوناً ، فإن الفعل الضار الصادر منه يرتب مسئولية متولـي الرقابة ، وتكون مسئوليته مسئولية أصلية ، وليست تابعة لمسئولية غـير المميز الذي لا يمكن نسبة الخطأ إليه ، فهو غير مسئول ، ولهذا فإنه إذا اسـتوفى المضـرور التعويض من المكلف بالرقابة ، فليس للأخير أن يرجع على من ارتكب الفعل الضار ، إذ يفترض من عديم التمييز أنه غير مسئول [1].

أمـا إذا كـان الخاضع للرقابة مميزاً ، فإن مسئولية متولي الرقابة تكـون مسـئولية تبعـية ، تقـوم مسـتندة إلى مسئولية الخاضع للرقابة ، وللمضرور أن يرجع على الأخير أو على متولي الرقابة . لكن ليس له أن يرجع إلا بتعويض واحد ، فإذا استوفاه من أحدهما فلا يرجع على الآخر ،

---

[1] ويمكـن أن يسأل عديم التمييز مسئولية مخففة وفقاً للمادة (٢/١٦٤) مدني التي تنص على أنه : "إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع مـنه الضـرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم" ، راجع : د. عبد المنعم فرج الصده – ص ٤٦١ ، الوسيط للسنهوري – جـ١ – فقرة ٥٤٠ .

وإذا رجع المضرور على متولي الرقابة واستوفى منه التعويض ، فإن لمتولي الرقابة أن يرجع على من ارتكب الخطأ بكل ما دفعه [1].

أساس مسئولية متولي الرقابة :

٢٨٤- وتقوم مسئولية متولي الرقابة على أساس خطأ مفترض من العلاقة بينه وبين المضرور ، وهو الإخلال بواجب الرقابة ، إذ يتحتم على من يجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة أن يبذل قدراً من الرعاية والعناية لهذا الشخص ، ولكن افتراض الخطأ من جانب متولي الرقابة قابل لإثبات عكسه ، حيث يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا استطاع أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى ولو قام بما ينبغي من العناية بهذا الواجب [2].

ويبدو من ذلك أن مسئولية متولي الرقابة تنتفي بأمرين :

(١) أن ينفي الخطأ المفترض في جانبه ومن ثم ينعدم ركن الخطأ.

(٢) أو أن يثبت السبب الأجنبي المؤدي إلى حصول الضرر ، ومن ثم ينعدم ركن السببية .

وفي هاتين الحالتين يبقى الخاضع للرقابة مسئولاً عن العمل غير المشروع ، الذي صدر منه وفقاً للقواعد العامة في المسئولية [3].

ويلاحظ أن قيام مسئولية متولي الرقابة لا يمنع من قيام مسئولية الشخص الخاضع لرقابة ، وإذا دفع متولي الرقابة التعويض للمضرور ، كان له حق الرجوع على الخاضع للرقابته الذي أحدث الضرر في الحدود التي يكون فيها مسئولاً عن تعويض الضرر ، أما إذا كان الخاضع للرقابة

---

(١) السنهوري – الموجز – ص ٣٦٠ .

(٢) مادة (٣/١٧٣) مدني .

(٣) السنهوري – السابق – ص ٣٦١ .

غـــير ممـــيز ، فليس لمتولي الرقابة الرجوع عليه ، لأن عديم التميز غير مسئول عن الخطأ (١).

مسئولية ولي الرقابة أساسها إسلامي :

٢٨٥- وتجـــدر الإشـــارة إلى أن المشـــرع قد أخذ أحكام مسئولية متولي الـــرقابة من الفقه الإسلامي ، حيث يتـــم إسناد الخطاب بالتكليف الشرعي لمـــن يـــبلغ ســـن الرشد ، وقبل البلوغ ، يكـــون ذلك الخطاب موجهاً إلى الآبـــاء بشـــأن الأبناء ، ولهذا وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تخاطب الآبـــاء بتكلـــيف يتعلق بالأبناء ، ومن ذلك قـــول الله تعـــالـــى : " يا أيها الذيـــن آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة "(٢) ، وقوله تعـــالى : " وأمر اهلك بالصلاة واصطبر عليها لا نسألك رزقاً نحن نرزقك والعاقـــبة للـــتقوى "(٣) ، وقال سبحانـــه : " جنـــات عـــدن يدخلونها ومن صلح من آبائهم وأزواجهم وذرياتهم " (٤) ، وجاء في السنـــة الصحيحة : " كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته ، الرجل في أهله راعٍ وهو مسئول عن رعيـــته ، والمرأة في بيتها راعية وهي مسئولة عن رعيتها ، والخادم في مال سيده راعٍ وهو مسئول عن رعيته " (٥) ، وقال - صلى الله عليه وسلم - : " كفـــى بالمـــرء إثماً أن يضيع من يقوت " (٦) ، وقال صلى الله عليه وسلم : " رحم الله والداً أعان ولده على بره " (٧) .

---

(١) المرجع نفسه ، د. عبد الرازق فرج - ص ٥٤ .

(٢) سورة الحريم - آية ٦ .

(٣) سورة طه - آية ١٣٢ .

(٤) سورة الرعد - آية ٢٣ .

(٥) متفق عليه ، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، رياض الصالحين للنووي -ص ١٥١ ، طبعة المكتب الإسلامي .

(٦) رواه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، السابق - ص ١٥٣ .

(٧) رواه ابن حبان في كتاب الثواب من حديث على بن أبي طالب ، راجع : تنبيه الغافلين للسمرقندي - ص ٥٤ ، المطبعة الخيرية .

ومعنى توجه الخطاب إلى الولي أو الأب ، أن هناك قدراً زائداً من المسئولية الملقاة على عاتق المكلف عن غيره ، لما هو مقرر أن المسئولية مبناها على الاعتبار الشخصي الخالص ، حيث لا يسأل الإنسان إلا عن فعله هو ، وذلك ما أكده القرآن الكريم في أكثر من آية منه ، ومن ذلك قول الله تعالى : " وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه " [١] ، أي ما يصدر عنه من عمل ، وقوله تعالى : " ولا تزر وازرة وزر أخرى " [٢] ، وقوله سبحانه : " وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ، وأن سعيه سوف يرى " [٣] ، ولما كانت زيادة المسئولية تقتضي عبئاً زائداً في التكليف قد يؤدي إلى زيادة مواطن المؤاخذة على الأولياء ، فإن الله – تعالى – قد عوضهم عن ذلك تعويضاً عادلاً يقيم التوازن بين ذلك العبء التكليفي الزائد ، وبين ما ينبغي أن تكون معه المؤاخذة ، فجعل عمل هؤلاء الذين زادت المسئولية على الأب أو الولي بسببهم داخلة في ميزان عملهم ، ويكون العمل الصالح الذي يصدر منهم في الدنيا مضافاً إلى رصيد حسناتهم أمام الله بعد موتهم ، وحين ينقطع مجال العمل والتكليف بحقهم ، ومن ثم يكون صلاح هؤلاء الأبناء راجعاً إلى الآباء بعد موتهم ، كأن حياتهم قد امتدت بهم ، ويكونون كالصدقة الجارية أو الحسنة المستمرة ، أو العمل الباقي الذي ينتفع به ، وفي هذا يقول النبي – صلى الله عليه وسلم – : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له " [٤] ، حيث جعل هذا الحديث الشريف عمل الولد الصالح سبباً

---

(١) سورة الإسراء من الآية – ١٣ .

(٢) سورة الإسراء من الآية – ١٥

(٣) سورة النجم – الآيتان ٣٩ ، ٤٠ .

(٤) أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، ومسلم في صحيحه ١٤/٣ ، أبو داود في سننه – ١٠٧٢/٣ ، وابن ماجه في سننه – ٢/ ٤١٧٠ ، عن ابن عمر ، وأبي هريرة ، راجع : الجامع الصغير – جـ ١ – ص ١٨٧ .

لاســتمرار عمل الأب بعد وفاته وانتهاء ذمته ، ليكون في استمرار انتفاعه بالصــلاح الناشــئ عن عمل الولد عوضاً عن المسئولية التي كانت زائدة عليه قبل تكليفه .

وهذا التوجيه الإداري فيه من جوانب العدل ما يجعله قيمة تشريعية عظمــى ، كمــا كان فيه حثاً على رعاية الأولاد ، والاهتمام بهم ، وحسن تربيــتهم ، وذلــك تطلعاً لهذا الثواب الممتد ، واستمراراً لمسيرة الإصلاح والخــير عــبر الأجيال ، وهذه المبادئ هي التي تشكل في مجملها الأفكار التــي قامــت عليها النظرية الموضوعية في الالتزام ، أو نظرية المصلحة التي سادت في الفقه الجرماني ، والتي اقتبست من الفقه الإسلامي في كثير من جوانبها .

المبحث الثاني
مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه

٢٨٦- نظمــت هذه المسئولية المادة (١٧٤) مدني ، بقولها : " ١- يكون المتــبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كــان واقعــاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ٢- وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه " .

شروط مسئولية متولي الرقابة :

ومن هذا النص يبدو أن لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه شروطاً يجب أن تتوافر وهذه الشروط هي :

أولاً : وجود رابطة التبعية :

٢٨٧- يجب أن تقوم رابطة التبعية بين التابع والمسئول ، وتبنى تلك الرابطة على أساس سلطة الرقابة والتوجيه الفعلية ، وليس من اللازم لوجود تلك الرابطة أن تكون هناك علاقة تعاقدية كعقد العمل ، وإن كان الغالب هو وجود العقد ، فتقوم رابطة التبعية استناداً إليه ، كما في العلاقة بين العامل ورب العمل ، لكن يبقى أن علاقة التبعية تقوم على حالة واقعية وليست على عقد معين [١].

والعبرة هي بوجود السلطة لفعلية التي تنصب على الرقابة والتوجيه ، ويكون بمقتضاها للمتبوع أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله حتى ولو كان توجيهاً عاماً ، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ الأوامر ، وعلى هذا يكون الموظف العام تابعاً للدولة ، والخادم والطاهي ، والسائق الخاص كل هؤلاء خاضعون لسلطة رب العمل ، ويكفي مجرد الرقابة والإشراف من الناحية الإدارية ، ولا تلزم التبعية الفنية ، فصاحب المستشفى يعتبر متبوعاً للأطباء الذين يباشرون أعمالهم فيها ، حتى ولو لم يكن على دراية بمهنة الطب ، وصاحب الجامعة الخاصة متبوعاً لعلمائها حتى ولو كان أمياً يبصم بإصبعه .

فإذا انتفت علاقة التبعية ، لانتفاء سلطة التوجيه والرقابة ، فلا تقوم رابطة التبعية ، وذلك مثل المقاول ، فهو ليس تابعاً لرب العمل ، وكالمحامي ، فإنه ليس تابعاً لموكله ، وكالكاتب في الصحيفة ، إذا كان أجيراً يكتب بالقطعة ، ولا يتأمر بأوامر صاحبها ، وتتحقق علاقة التبعية ، حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، وذلك كالجندي ، فإنه يتبع

---

(١) السنهوري – الموجز – ص ٣٥٩ .

وزارة الدفـــاع لأنـــه يتلقى الأوامر منها ، وإن كانت علاقته بها تقوم على التجنـــيد الإجبـــاري الذي لا يكـــون له أدنى اختيـــار فيه ، بل - وربما - لا يكون متقبلاً له ، ومع ذلك فإنها مسئولة عنه .

ثانياً : أن يقع خطأ من التابع :

٢٨٨- ويجـــب - بداهـــة - أن يكون قد وقع خطأ من التابع من شأنه أن يســـبب ضـــرراً للغـــير ، وذلك بأن تتوافر أركان المسئولية الثلاثة ، وهي الخطأ والضرر ، وعلاقة السببية بينهما .

ويلاحـــظ أن الخطـــأ التابع هو أساس مسئولية المتبوع ، فإذا انتفى ذلك الخطأ انتفت مسئولية المتبوع .

ثالثاً : أن يقع الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها :

٢٨٩- يجب أن يكون خطأ التابع قد صدر بسبب تأديته للأعمال الموكولة إلـــيه بصفته تابعاً لأن حق التوجيه والرقابة الذي يقوم عليه علاقة التبعية . إنمـــا يكـــون فـــي هذه الأعمال دون غيرها ، فلا يكون السيد مسئولاً عن أعمـــال خادمه ، إذا ارتكب الخادم هذه الأعمال خلال إجازة حصل عليها ، بعـــيداً عـــن أعمال الخدمة ، لكن لا يشترط أن يكون الخطأ قد صدر أثناء تأديـــة عمـــل مـــن أعمال الخدمة بالذات ، بل يكفي أن تكون علاقة التابع بالمتـــبوع قـــد هيأت للتابع فرصة لارتكاب هذا الخطأ ، حتى ولو ارتكب الخطـــأ بمناسبة أعمال الخدمة ، لا أثناء تأديتها ، بل حتى ولو كان الخطأ هـــو خـــروج عـــن أعمـــال الخدمة ، أو تعسف وإساءة في تأدية هذه الأعمال [1].

---

(١) السنهوري – الموجز – ص ٣٦ .

فقـد يقـع الخطأ بسبب الوظيفة ، بمعنى أن البائع ما كان يستطيع ارتكـاب الخطأ لولاها ، وذلك مثل قيام ساعي البريد بسرقة خطاب تسلمه بحكـم وظيفـته ، فالسـاعي لم يكن ليستطيع ارتكاب مثل هذا الخطأ لولا الوظيفة .

وكذلـك الشـأن فيما لو اتضح أن التابع ما كان يفكر في ارتكاب الخطـأ لولا الوظيفة ، ومثل ذلك حالة ما إذا رأى الخادم سيده يتشاجر مع شـخص آخر ، فيدخل لمساعدته ، ويضرب الشخص الآخر ضرباً يفضي إلى موته ، فالخطأ في هذه الحالة ، ما كان ليتم ، وما كان الخادم ليفكر فيه لولا الوظيفة ، ومن ثم تتحقق مسئولية السيد [1] .

فإذا ارتكب التابع العمل الضار بعيداً عن دائرة العمل أو الوظيفة ، ولـم يكن بسببها فلا مسئولية للمتبوع عليها ، فإذا كان أحد رجال الشرطة في إجازة رسمية ، وارتكب جناية فلا مسئولية على الحكومة في هذا الشأن ، وكذلـك العـامل الذي يقتل زميلاً له خارج المصنع ، وفي غير أوقات العمل الرسمية [2].

أساس مسئولية المتبوع :

٢٩٠- اختلـت أقـوال الفقهاء حول أساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، وذلك كالتالي :

(١) ذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذه المسئولية تقوم على أساس خطأ مفترض فـي جانـب المتبوع ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، هو تقصيره في الرقابة والتوجيه ، وليس للمتبوع أن يثبت أنه لم يقصر في الرقابة والتوجيه [3].

---

(1) د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ٥٧ .

(2) الوسيط للسنهوري – جـ ١ – ص ١٠٢٧ ، والموجز – ص ٣٦٠ .

(3) السنهوري – الموجز – ص ٣٦١ .

فإذا ما ثبتت مسئولية التابع عن فعله الشخصي قامت مسئولية المتبوع متى استطاع المضرور أن يثبت رابطة التبعية ، وأن الفعل قد حدث أثناء الوظيفة أو بسببها ، والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجـيه تابعه ، والرقابة على أعماله ، على نحو ما يستطيعه من يتولى الرقابة علـى شـخص ، وإنمـا يجـوز للمتـبوع أن ينفـي علاقة السببية بين خطئه المفـروض، والضـرر الذي لحق المصاب ، بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع قضـاء وقدراً ، أو بقوة قاهرة ، أو بفعل الغير ، أو بخطأ المصاب ، وإذا انتفت علاقـة السببية فلا تتحقق المسئولية [1] ، وإذا استوفى المضرور التعويض من المتبوع ، كان للأخير أن يرجع على التابع ، شأنه في هذا شأن متولي الرقابة ، وقـد نصت على هذا المادة (١٧٥) مدني ، بقولها : " للمسئول عن عمل الغير حـق الـرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر " .

(٢) وذهـب رأي ثـان : إلـى القول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه تقوم على أساس تحمل التبعة ، وعلى اعتبار أن المتبوع يستفيد من نشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، لأن الغرم بالغنم .

وفـي نظـرنا أن هـذا الأساس خاطئ ، لأن غنم صاحب العمل يغرم في مقابله الأجر ، ومن ثم كان في هذا التأصيل تزيد واضح .

(٣) وذهـب رأي ثالـث : إلى أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، تعد من قبـيل المسـئولية عـن الغير ، حيث تقوم المسئولية فيها على أساس ضمان ما يرتكـبه الـبائع مـن خطـأ يضر بالغير ، ما دام هذا الخطأ قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها .

---

(١) حكم النقض في ١٩٣٠/٣/٢٧ ، المجموعة الرسمية – س ٣١ – ص ٦٧ ، وراجع : السنهوري في الموجز – ص ٣٦١ .

(٤) وذهب قول رابع : إلى أن أساس هذه المسئولية قائم على أن التابع نائب عن المتبوع ، فهو يلزمه بما يقوم به من خطأ في حدود تبعيته .

(٥) وذهب قول خامس : إلى أن مسئولية المتبوع تقوم على أساس الحلول ، فالتابع يدخل محل المتبوع باعتبار أنه امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقع من التابع من أخطاء يتحملها المتبوع [١].

رأينا في الموضوع :

٢٩١- ونحن نرى أن أساس هذه المسئولية تابع من احتباس التابع لأداء العمل المنوط به ، لأنه بهذا الاحتباس صار كالأجير الخاص الذي يقع تحت مسئولية المتبوع الكاملة ، فالتابع - وعمله ، وما يقع منه من مضار ، كل ذلك واقع - بحكم الاحتباس الوظيفي تحت سيطرة صاحب العمل ، ولولا تلك السيطرة لا ستقل بعمله ، وأصبح مسئولاً عنه ، بدليل أنه يستحق أجره حتى ولو لم يقم بعمل، ومن ثم يكون أساس الضمان هو الاحتباس الذي يجعل التابع ، وما يصدر منه من عمل كالآلة في يد المتبوع .

الفصل الثالث
المسئولية عن الأشياء

٢٩٢- توجد المسئولية عن فعل الشيئ إذا كان هناك شخص ملزم بإصلاح الضرر الذي في حراسته ، ويتحقق ذلك في حالات ثلاث هي : حارس الحيوان، حيث يسأل عما يحدثه الحيوان من ضرر ، والثانية ؛ حارس البناء ، حيث يسأل عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، والثالثة ؛ حارس الآلات

---

(١) راجع في عرض تلك الأقوال : د. عبد الرازق فرج - السابق - ص ٥٧ ، وما بعدها .

الميكانيكـية ، حيث يسأل فيها حارس تلك الآلات ، وغيرها من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

ولـم يكن لهذا النوع من المسئولية أهمية في الماضي ، ولهذا لم تكن تحظ فـي التقنيـن المصري القديم إلا بمادة واحدة ، تتعلق بالمسئولية عن الحيوان ، وهـذا أمر عادي حيث كان الحيوان هو مصدر الطاقة والحركة المسيطرة على معظـم مجـالات الحياة ، إلا أنه بعد ذلك التطور الاقتصادي ، وظهور الآلات الميكانيكـية ، وتقدم الصناعة وكثرة الأيدي العاملة ، ووسائل الانتقال السريعة أصـبح للمسـئولية عـن الأشـياء أهمية كبرى ودور هام ، واتسع نطاق هذه المسـئولية منذ أواخر القرن التاسع عشر ، وحتى اليوم وما زال هذا النطاق في اتساع ، ولهذا عرض المشرع المصري الحالي لتنظيمها في ثلاثة أحوال هي : مسـئولية حارس الحيوان ، ومسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضـرر ، ومسئولية من يتولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عـناية خاصـة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ونخصص لبيان أحكام كل منها مبحثاً .

المبحث الأول
حراسة الحيوان

٢٩٣- تـنظم أحكـام هذه المسئولية المادة (١٧٦) مدني ، وذلك من خلال ما تقضـي به من أن : " حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحـيوان مـن ضـرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " .

شروط مسئولية حارس الحيوان :

٢٩٤- ويبدو من هذا النص ، أن مسئولية حارس الحيوان تتحقق بتوافر شرطين:

أولهما : حراسة الحيوان :

يشترط قيام مسئولية حارس الحيوان أن يكون حارساً له ، سواء أكان مالكاً أم غير مالك ويراد بالحراسة ، السيطرة الفعلية على الحيوان في الرقابة والتوجيه والتصرف ، والأصل أن تكون الحراسة على الحيوان لمالكه ، ما لم يثبت أنها كانت لغيره وقت إحداث الضرر ، وتنتقل الحراسة من المالك إلى هذا الغير ، كمستعير الحيوان أو من يستأجره ، أو من يودع لديه ، أو مرتهنه رهناً حيازياً ، وإذا انتقلت حيازة الحيوان من مالكه على غير إرادته ، إلى شخص آخر ، كالسارق أو تابع للمالك ليستعمله في شئونه الخاصة : انتقلت السيطرة الفعلية إليه ، وأصبح حارساً مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر[1] . أما إذا كان الحيوان في حيازة شخص حيازة مادية دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه ، فإنه لا يعتبر حارساً ، وذلك كالراعي والخادم والسائق ، ومن يسوس الخيل [2].

والمراد بالحيوان في مجال المسئولية عنه ، كل حيوان مستأنس مثل الكلاب والقطط ، ودواب الحمل والركوب ، أو متوحش ، كالسبع والنمور والفيلة وغيرها ، طالما أنها حيوانات ، يمكن أن يقع منها ضرر للغير ، وتظل الحراسة قائمة ، ويبقى الحارس مسئولاً عنه ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب، حيث يعتبر ذلك خطأ في الحراسة .

---

(١) السنهوري – الوسيط – جـ ١ – فقرة ٤٥٤ .

(٢) المرجع نفسه ، د. عبد الرازق فرج – ص ٦١ .

ثانيهما : أن يحدث من الحيوان ضرر للغير :

ويشـــترط لـــتحقق مســـئولية حـــارس الحيوان ، أن يحدث ضرر من فعل الحـــيوان ، ويتمثل هذا في فعل إيجابي منه ، كالرفس أو العض ، ولا يشرط أن يكـــون فعل الحيوان قد مس بالمضرور مساً مباشراً ، فلو أن حيواناً مفترساً في حراســـة شـــخص ، خـــرج إلى الطريق العام فجأة ، فأصيب أحد المارة بذعر وســـقط فشج في وجهه أو كسرت رجله أو ذراعه دون أن يمسه الحيوان ، كان الضرر من فعله .

أساس مسئولية حارس الحيوان :

٢٩٥- وتقـــوم مســـئولية حارس الحيوان على أساس خطأ مفترض في جانب الحارس ، هو الإهمال في الحراسة ، وهذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس، فـــلا يقـــبل مـــن الحارس أن يثبت أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يتسبب الحـــيـــوان فـــــي إحـــداث الضرر ، وذلك كما هو الشأن في مسئولية متولي الرقابة [1].

ومع ذلك فإن حارس الحيوان يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا استطاع أن ينفي العلاقة بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع ، وذلك بأن يثبت أن وقوع الضـــرر كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة ، أو حادث فجائي أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير [2].

([1]) د. السنهوري – الموجز – ص ٣٦٥ .

([2]) وهذا ما عبرت عنه المادة (١٧٦) مدني بقولها : " ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " ، السنهوري – السابق .

المبحث الثاني
مسئولية حارس البناء

٢٩٦- نظمت هذه المسئولية المادة (١٧٧) مدني ، بقولها : " ١- حارس البناء ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة ، أو قدم البناء أو عيب فيه . ٢- ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب الفاعل باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم الفاعل بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

شروط مسئولية حارس البناء :

٢٩٧- ويبدو من هذا النص أنه لا بد لقيام مسئولية حارس البناء من توافر شرطين :

الشرط الأول : حراسة البناء :

يشترط لقيام مسئولية حارس البناء أن يكون هناك شخص قائم بحراسة البناء ، والحراسة - هنا - تعنى السيطرة الفعلية عليه ، بحيث يكون الشخص مكلفاً بحفظه وصيانته والتصرف في شأنه ، والاستيثاق من أنه ليس قديماً ، ولا معيباً بعيب يهدد الناس بالخطر [1].

والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها ، خشباً أو جيراً ، أوجبساً أو حديداً ، أو كل هذا معاً ، أو غير هذا ، شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار ، ولا يهم ما إذا كان البناء معداً لسكن إنسان ، أو لإيواء حيوان ، أو لإيداع أشياء ، فالبيوت والزرابي ، والمخازن تعتبر بناء ، بل قد لا يكون

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٦٤ .

البناء معد الشيئ من ذلك ، فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية ، وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر ، والكباري، والخزانات ، والسدود ، وكل ما شيد في باطن الأرض بناء ، كالمصارف والمجاري وأنابيب المياه والغاز [1] ، ولا يعتبر من قبيل البناء وجود كومة من كسر في الصخور بعضها فوق بعض ، دون تدخل من جانب الإنسان ، حتى ولو اتخذت شكل حائط ، ولا يعتبر المصعد بناء ، كما لا تعتبر الأرض بناء وإن تطاير منها حجر أضر بالغير ، فلا يعتبر هذا من قبيل تهدم البناء ، والأصل أن الحراسة تثبت للمالك ، ومع هذا فإنها قد تنتقل إلى الغير ، فمن لهم حق عيني مقرر على البناء ، كالمنتفع والمرتهن رهناً حيازياً ، فتكون لهم السيطرة الفعلية، أما المستأجر ، والمستعير ، فلا يعتبر كل منهما حارساً للبناء ، حيث تبقى الحراسة الفعلية للمالك عادة ، وذلك على ما هو مقرر في حراسة الحيوان والمنقول [2].

وفي حالة بيع البناء تظل الحراسة للمالك حتى يقوم بتسليم المبيع ، وكذلك الشأن بالنسبة للمقاول ، حتى يقوم بتسليم البناء لمالكه، وكذلك المالك الذي علقت ملكيته على شرط فاسخ أو واقف ، فإنه يعتبر حارساً إذا تسلم البناء ، وكانت له السيطرة الفعلية عليه [3] .

الشرط الثاني : أن يكون الضرر ناشئاً عن تهدم البناء :

وتهدم البناء كشرط في هذه المسئولية يعني : تفككه وسقوطه على الأرض، سواء أكان ذلك السقوط كلياً أو جزئياً كسقوط البناء بأكمله ، أو سقوط جزء من الحائط أو السقف ، ولا يكفي لترتيب المسئولية تهدم البناء ، وإنما يشترط أن

---

(1) د. السنهوري – الوجيز – ص ٣٦٦ .

(2) نقض مدني في ١٩٣٧/٦/١٧ ، مجموعة عمر – جـ٢ – ص١٧٥ – رقم ٦٤.

(3) د. عبد الرازق فرج – السابق .

ينتج عن هذا التهدم ضرر بالغير ولا يعتبر من قبيل التهدم ، سقوط جسم صلب مــن نــافذة المبنى ، على أحد المارة ، فإن الضرر الناشئ عن ذلك ، لا يعتبر ناتجــاً عــن تهــدم المبنى ، وإن كان من الممكن الرجوع فيه بالتعويض ، وفقاً للقواعد العامة المقررة في المسئولية التقصيرية [١].

وإذا كان البناء لم يتهدم ، ولكنه يهدد بالهدم ، فقد أجاز المشرع في المادة (١٧٧/٣) مدنـــي ، ســـالفة البيان ، لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء ، أن يطالـــب المـــالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإذا لم يقم المـــالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة ، لاتخاذ هذه التدابير على حسابه .

ولا يكون للحريق حكم تهدم البناء ، لكنه إذا أدى إلى تهدمه ، فإن الضرر الذي يحدث من تهدمه يكون ناتجاً من تهدم البناء .

أساس مسئولية حارس البناء :

٢٩٨- تقـــوم مسئولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض في جانب حارس البـــناء ، هو الإهمال في الصيانة ، أو قدم البناء ، أو العيب فيه ، وهذا الإهمال ينسب إلى الحارس ، والخطأ هنا مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس [٢] ، لكنه ذو شقين :

أولهمـــا : أن تهـــدم البـــناء ســـببه إهمال في صيانته ، وهذا الشق قابل لإثبات العكـــس، فيســـتطيع حـــارس البناء أن ينفي مسئوليته إذا ثبت أن تهدم البناء لا يرجع إلى إهمال صيانته أو قدمه أو عيب فيه ، فيثبت أن التهدم كان راجعاً إلى

---

(١) المرجع نفسه – ص ٦٥ .

(٢) د. السنهوري – الموجز – ص ٣٦٧ .

قــوة قاهــرة كزلزال أو خطأ المضرور نفسه ، أو خطأ الغير ، ومن ثم تنتفي علاقة السببية بين تهدم البناء والضرر .

وثانــيهما : أنه يقوم على أساس أن الإهمال في صيانة البناء منسوب إلى خطأ حارســه ، وهــذا الشق لا يقبل إثبات العكس ، فإذا ما ثبت أن تهدم البناء كان مــرجعه الإهمال في صيانته ، فإن هذا الإهمال ينسب دائماً إلى حارس البناء ، ولا يملك نفيه عنه [1].

المبحث الثالث
مسئولية حارس الأشياء

٢٩٩- تنظم أحكام هذه المسئولية المادة (١٧٨) مدني ، التي تنص على أن : " كــل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، أو حراسة آلات ميكانيكــية ، يكون مسئولاً عما تحدثه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضــرر كان بسبب أجنبي لا يد فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " .

شروط مسئولية حارس الأشياء :

ويــبدو مــن هذا النص ، أنه يشترط لتحقق المسئولية في جانب حارس الأشياء الشروط الآتية :

الشرط الأول : حراسة الشيئ :

ينبغــي الــتفرقة بين الحراسة المادية ، والحراسة القانونية ، والأخيرة هي الالــتزام القانونــي بالمحافظة على الشيئ ، والأخرى هي السيطرة الفعلية على الشيئ ، وهي المقصودة هنا .

---

(1) المرجع نفسه .

ويقصد بحراسة الشيئ ، السيطرة الفعلية عليه مع فهم الجوانب التي يمكن أن يتقي بها خطره ، وهي تثبت أصلاً للمالك ، لكن ثبوتها له لا يمنع من انتقالها منه إلى غيره ممن يكون له السيطرة الفعلية على الشيئ ، وذلك كالمنتفع، والمرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمستعير ، والمودع لديه الشيئ.

وتابع المالك : لا يعتبر حارساً للشيئ ، فمالك السيارة يظل حارسها ، حتى ولو كان لها سائق خاص ، اللهم إلا إذا خرج هذا التابع على تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية . أو استولى عليها دون أن يعلم مالكها ، فإنه يعتبر - حينئذ - حارساً ، ومن ثم يكون مسئولاً على أساس الخطأ المفترض ، ويكون المالك مسئولاً باعتباره متبوعاً [1] ، وإيداع السيارة لمن يحفظها مؤقتاً ، مثل الميكانيكي ، وسايس الجراج ينقل الحراسة إليهما ، إذا كانت لهما السيطرة الفعلية عليها ، ولا تبقى الحراسة لمالك السيارة [2] .

الشرط الثاني : أن تحتاج حراسة الشيئ لعناية خاصة :

ويجب أن تكون حراسة الشيئ مما يحتاج لعناية خاصة ، والمراد بالعناية الخاصة ما يقتضيه الشيئ من خبرة يقدر بها الحارس على وضع حد للمخاطر التي يمكن أن تنجم عنه ، كالقدرة على التشغيل والإيقاف ، أو معرفة أسباب المخاطر والتحذير منها ، أو استدعاء من يصلحها ، وفي هذا النطاق ، فإن كل شيئ مادي غير حي - فيما عدا البناء - يدخل في هذا النطاق ، فتخرج الأشياء غير المادية ، والحيوان والبناء . وقد يكون الشيئ عقاراً أو منقولاً بشرط أن يكون هذا الشيئ مما تقتضي حراسته عناية خاصة ، وقد افترض القانون أن الآلات الميكانيكية مثل القاطرات والسيارات والسفن ، والمصاعد ، والآلات الصناعية والزراعية تتطلب حراستها دائماً عناية خاصة ، لأنها تتحرك بمحرك

---

(١) السنهوري – الموجز – ص ٣٧٣ .

(٢) المرجع نفسه .

ذاتـــي ، ويســـتوي أن تكـــون إدارة هذه الآلات بالبخار ، أو الكهرباء ، أو بقوة المياه المتدفقة أو الهواء .

أما ما هو غير تلك الآلات من الأشياء غير الميكانيكية ، فإنه يجب لمعرفة مـــا إذا كانـــت في حراستها تحتاج إلى عناية خاصة أن ننظر في طبيعتها وفي الظـــروف والملابســـات الخاصـــة بها ، فالشجرة بطبيعتها ليست شيئاً خطراً ، ولكـــنها يمكـــن أن تكـــون كذلك ، إذا سقطت في الطريق بفعل الرياح ، وكذلك الســـلم ليس شيئاً خطراً ، ولكنه يصبح كذلك إذا دهن بمادة تجعل الانزلاق منه محـــتملاً ، وكذلك الرخام والقيشاني إذا رش عليهما مادة لزجة ، فإنهما يكونان كذلـــك (١) ، ويعتبر الشيئ كذلك ، إذا كان في نفسه و يحكم تركيبه خطراً (٢) ، أو كـــان في وضع أو حالة تسمح بأن يحدث الضرر (٣) ، وهذا الاتجاه هو الذي اعتنقته محكمة النقض (٤) .

الشرط الثالث : أن يحدث الضرر من الشيئ :

ويشـــترط حـــتى تتحقق المسئولية أن يقع الضرر بفعل الشيئ ، بمعنى أن يـــتخدل الشـــيئ تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، كأن يقع الضرر من سيارة تسير ، أوشجرة ألقت بها الريح في عرض الطريق : أو كانت السيارة في غير وضـــعها الطبيعي ، أو آلة تعمل ، أما إذا كان دور الآلة أو الشيئ سلبياً كما إذا كانت السيارة واقفة في مكانها المعتاد للوقوف ، فاصطدمت بها سيارة أخرى و اصـــطدم بهـــا أحد المارة ، أو كانت الآلة الميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي

---

(١) الوسيط للسنهوري – جـــ١ – ص ١٠٩٦ .

(٢) . حسام الاهواني – السابق – ص ٦٣٧ .

(٣) د. السنهوري – الوسيط – ص ١٥٣٧ – الطبعة الأخيرة .

(٤) نقـــض مدني في ١٩٨١/٦/٢ ، المجموعة – ص ١٦٧٣ – رقم ٢٩٩ ، نقض مدني في ١٩٩٠/١/٣١ مجموعة المكتب الفني ٤١- جـــ١ – ص ٣٧ – رقم ٦٨ .

فاصـــطدم بهـــا شخص ، فإن الضرر في هذه الحالات لا يعتبر ناشئاً عن فعل الشيئ لأن تدخل الشيئ أو الآلة في إحداث الضرر كان سلبياً [1].

هـــذا ويلاحـــظ أن الـــتدخل الإيجابي للشيئ ، لا يقتضي الاتصال المادي المباشـــر ، فقـــد يقع الضرر ، وتتحقق المسئولية ، دون أن يكون هناك اتصال مـــادي ، كـــأن يفـــزع أحـــد المارة من سيارة تسير بسرعة غير عادية ، فيقع ويصاب بضرر دون أن تمسه السيارة ، أو أن تقف سيارة فجأة ، فتحاول سيارة تسير وراءها أن تتفاداها ، وتصطدم بشجرة [2].

أساس مسئولية حارس الأشياء :

٣٠٠- وتقوم هذه المسئولية على أساس خطأ مفترض في الحراسة ، فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، كما هو الشأن بالنسبة لمسئولية حارس الحيوان ، فلا يجوز لحـــارس الشـــيئ أن يثبت أنه قام بما ينبغي من العناية في حراسة الشيئ ، ولا يســـتطيع التخلص من المسئولية إلا بنفي علاقة السببية بين فعل الشيئ الذي في حراسته ، والضرر الذي وقع ، بأن يثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي لقوة قاهرة ، أو خطأ المضرور ، أو خطأ الغير [3] .

ويلاحـــظ أن العـــبارة الأخيرة من المادة (١٧٨) مدني ، تنص على أن : " هـــذا مـــع عـــدم الإخـــلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " ، وهذه العبارة تتصـــرف إلـــي الحالات التي أخذ فيها المشرع بنظرية تحمل التبعية ، كما فعل بالنسبة لمسئولية أرباب العمل عن حوادث العمل ، حيث يسأل رب العمل فيها ، لا على أساس الخطأ المفترض ، وإنما على أساس تحمل التبعة .

---

[1] الوسيط – السابق – ص ١٠٨٩ وما بعدها .

[2] د. عبد الرازق فرج – ص ٦٩ .

[3] د. السنهوري – الموجز – ص ٣٧٦ .

الباب الثاني
الفعل النافع
أو
الإثـــــراء بلا سبـــــب

٣٠١- نظــم المشرع موضوع الإثراء بلا سبب في المادة (١٧٩) من التقنين المدنـــــي ومـــا بعدهـــا ، فــتكلم أولا ، عن المبادئ العامة فيه ، ثم بين ثانياً ، تطبــيقات تلــك المـــبادئ العامة ، وهما دفع غير المستحق والفضالة ، وسوف نعرض لدراسة (الفعل النافع) من خلال هذا المنهج القانوني ، وذلك كما يلي :

الفصل الأول
المبادئ العامة للإثراء بلا سبب

٣٠٢- ورد الــنص علـــى تنظيم المبادئ العامة للإثراء بلا سبب ، أو الفعل الـــنافع فـــي المادة (١٧٩) مدني ، التي تنص على أن : " كل شخص ولو غير ممـــيز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما أثـــرى بـــه ، بتعويض الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الأثر قائماً ، ولو زال الإثراء فيما بعد " .

الشروط العامة للإثراء بلا سبب :

٣٠٣- ويـــبدو من هذا النص ، أن المبادئ العامة للإثراء بلا سبب ، يجب أن يتوافر لها الشروط الآتية :

أولاً : إثراء المدين :

ويـــتحقق إثـــراء المديـــن بزيادة منفعة مادية أو معنوية إلى ذمته ، أو دفع خســـارة عنها ، وذلك بإضافة قيمة مالية إلى ذمة المثري ، فالشخص الذي ينتفع بمـــنـــزل مملـــوك للغـــير دون أن يكون هناك عقد إيجار ، يثري على حساب

المـالك ، أو الغـير ، ويكون الإثراء في مثل هذه الحالات إيجابياً ، وقد يكون الإثراء سلبياً، كمن يدفع ديناً على غيره ، فيثري هذا الغير دون سبب بمقدار ما نقـص من ديونه ، وكذلك لو قام مشتري العقار المرهون بدفع الدين إلى الدائن المرتهـن للعقـار ، فـإن البائع يثري بمقدار ما قام المشتري بدفعه من الدين ، وكذلك فإن الشخص الذي يتلف متاعاً له ليتمكن من إطفاء حريق شب في منزل جـاره ، ففي هذه الحالة ، يعتبر الجار قد أثرى لأنه تجنب خسارة كانت ستحيق بـه [١] ، وإذا كان الإثراء مادياً كما في الأمثلة السابقة ، فإنه قد يكون أدبياً أو معنوياً ، كعمل الطبيب والمحامي ، والمعلم ، حيث يبذل كل منهم جهداً ذهنياً ، ووقـتاً فـي أداء رسالته ، فإذا لم يكن هناك عقد أبرم بين كل منهم ، وعملائه أعتـبر مـا بذلـوه مـن جهد افتقاراً يقابله إثراء في ذمة الجانب الآخر [٢] ولا يقتصـر معنى الإثراء على مفهومه المادي ، بل يمتد ليشمل ما يسمى بالإثراء المعـنوي ، أو المـنفعة المعـنوية ، مـا دام مـن المستطاع أن تقدر بالمال ، فالمحامـي الـذي يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثري أدبياً ، والطبيب الـذي يعـالج المريض يجعله يثري إثراء صحياً ، والدروس الخصوصية التي تزيد من التحصيل العلمي للطالب تعتبر إثراء [٣] .

ولا يشـترط فـي المـثري أهلية خاصة ، فيجوز أن يكون مميزاً أو غير ممـيز، كـامل الأهلية أو ناقصها ، وذلك لأن المدين لا يلزم بإرادته ، بل هو ملزم بتعويض خسارة حلت بشخص آخر نشأ عنها اغتناء له .

---

(١) د. عـبد الرازق فرج – ص ٧٢ ، وراجع : د. حسام الاهواني – ص ٦٩٤ حيث نرى أن الإثراء كل ميزة يمكن أن تقدر بالمـال أو الـنقد ، ويتحقق ذلك إما بالحصول على كسب إيجابي ، أي بزيادة العناصر الإيجابية للذمة المالية ، أو بإنقاص الجانب السلبي للذمة ، أو بالإبقاء على الجانب الإيجابي كما هو .

(٢) د. حسام الاهواني – السابق ، د. عبد الرازق فرج – السابق .

(٣) د. حسام الاهواني – السابق – ص ٦٩٥ .

ثانياً : افتقار الدائن :

والافــتقار نقيض الإثراء فيشمل أي خسارة كانت ، طالما أنها تقبل التقويم بالنقد .

والخســارة ينبغــي أن تؤخــذ بمفهوم واسع ، لتشمل خروج مال من الذمة المالــية للدائــن، أو نقص في قيمة ماله ، كما تشمل تقديم خدمة أو نفقات نشاط معين ، أو مقابل الوقت الذي بذله المفتقر في كل مجهود أو عناء يستحق مقابلاً له [1] ، ومن ثم فإنه لا محل لإعمال نظرية الإثراء بلا سبب ، إذا كان الشخص لــم يخســر شيئاً بأخذه مقابلاً لما أنفقه ، فلو أن شخصاً أقام حديقة في منزلة ، وجملها حتى أصبحت سبباً في زيادة قيمة منزل الجار ، فإن هذا الجار يكون قد أثرى ، أما من أقام الحديقة فإنه لم يفتقر ، لأن إقامة الحديقة عاد عليه هو بالنفع في حياته ، وعلى منزله [2] .

والافــتقار قد يكون مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً ، فإن كل ذلك يمكن أن يحقق الافتقار إذا أثرى بهما شخص آخر .

ولا يشــترط فــي الدائــن المفــتقر أن يكون كامل الأهلية ، فعديم الأهلية كالمجــنون والصــبي غير المميز ، وناقص الأهلية ، كالصبي المميز ومن في حكمــه كالسفيه وذي الغفلة كل منهم ، يكون دائناً إذا افتقر بسبب عمل قام به ، وترتب عليه إثراء الغير دون سبب .

ثالثاً : علاقة السببية بين الإثراء والافتقار :

يشترط أن تقوم برابطة السببية بين الإثراء والافتقار ، بحيث يكون الإثراء ناتجــاً مــن افتقار الدائن ، أي يكون الافتقار هو السبب المباشر للإثراء ، فإذا

---

(1) د. حسام الاهواني – ص ٦٩٥ .

(2) د. السنهوري – السابق – ص ١٥٨٤ .

انعدمــت رابطـــة الســـببية بيـــن الإثراء والافتقار ، فليس لمن افتقر أن يطالب بالتعويض .

وإذا تعـــددت أسباب الإثراء ، كانت العبرة بالسبب المنتج ، فإذا اتضح أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء ، وجدت العلاقة المباشرة بينهما [١] .

رابعاً : انعدام السبب :

يشـــترط أن يكون الإثراء حاصلاً دون سبب ، ولا يراد بالسبب هنا السبب كركـــن مـــن أركان العقد ، وإنما يراد به المصدر القانوني الذي يكسب المثري الإثـــراء ، كالعقد ، فإذا كان للإثراء سبب يستند إليه ، لم يكن للمدعي حق قبل من أثرى ، ولا يلتزم المثري برد قيمة ما أثرى به ، ومثل ذلك أن يتفق كل من المؤجـــر والمستأجر على أن يمتلك المؤجر ما يحدثه المستأجر بالعين المؤجرة مـــن تحســـينات خـــلال مدة الإيجار ، بعد انتهاء عقد الإيجار فليس للمستأجر الـــرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء ، لأن أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من الطرفين وواجباته قبل الآخر [٢].

ولا يجـــوز للمســـتأجر أن يطلب استرداد ما أوفاه من الأجرة لحرمانه من الانـــتفاع بالعيـــن المؤجـــرة استناداً إلى قواعد الإثراء بلا سبب ، نظراً لوجود رابطـــــة عقديـــة متمـــثلة في عقد الإيجار ويكون الاسترداد وفقاً لأحكام عقد الإيجـــار [٣] ، ولا يجوز للبائع ، أن يطلب إلزام المشتري بباقي الثمن بناء على قواعد الإثراء بلا سبب ، بل يكون ذلك وفقاً لأحكام عقد البيع [٤] .

---

(١) السنهوري – السابق – ص ١٥٧٨ .

(٢) حكم النقض المدني في ١٨/٥/١٩٨١م ، المجموعة – رقم ٢٧٦ – ص ١٥٣٠ ، وراجع : د. حسام الاهواني –ص ٦٩٧ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٧٣ وما بعدها .

(٣) نقض مدني في ٢٥/٢/١٩٨١ ، المجموعة رقم (١٢٤ – ص ٦٤١ ، مشار إليه في د. حسام الأهواني – ص ٦٩٧ .

(٤) نقض مدني في ١٨/١٢/١٩٨١ ، المجموعة – رقم ٥٤٠٩ – ص ٢٢٤٦ .

وقـد يـتوافر السبب المشروع للإثراء ، إذا كان الإثراء مصدره حكم من أحكام القانون ، مثل العمل غير المشروع ، أو بنصوص القانون وغيرها ، فإذا لـم ينكر المدين الدين ، ولكنه تمسك بالتقادم المسقط ، فإن التقادم يؤدي لإثراء المديـن ، لأنه يعفي من سداد الدين ، ولكن هذا الإثراء ، يكون مشروعاً ، لأنه يقوم على سبب يقرره القانون [1].

أحكام الإثراء بلا سبب :

٣٠٤- إذا ما توافرت الشروط السابقة ، فإنه طبقاً للمادة (١٧٩) مدني ، يلتزم المـثري فـي حـدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ، ولو زال الإثراء فيما بعد " .

ويـبدو مـن هـذا الـنص ؛ أن دعوى الإثراء بلا سبب ، تستهدف إعادة الـتوازن فـي الذمم المالية بين المفتقر والمثري ، وإعادة هذا التوازن محكومة بثلاثة أمور :

أولهـا : أن المثري يلتزم بتعويض المفتقر ، ولكن بأقل القيمتين ، قيمة الافتقار الـذي تحمله المفتقر في سبيل حدوث الواقعة النافعة للمثري ، أو قيمة الإثراء ، أي ما دخل في ذمة المثري نتيجة ما قام به المفتقر [2].

فلـو كانت قيمة الافتقار ألف جنيه ، وقيمة الإثراء ثمانمئة ، فإن المثري لا يلـزم إلا بـرد المبلغ الأخير ، فلا يلزم المثري برد قيمة ما أثري به كقاعدة ، وإنما يلزم برد أقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار .

وحصـر التعويض في أقل قيمتي الافتقار أو الإثراء ، يرجع من جهة إلى أن المفـتقر لا يجوز له أن يتقاضى أكثر مما تحمل من خسارة ، حتى لو كانت الخسـارة تقل عن الإثراء لأن حصوله على تعويض يزيد من خسارته ، يجعله

---

(١) د. حسام الاهواني – ص ٦٩٩ .

(٢) د. حسام الاهواني – ص ٧٠٠ .

مــثرياً على حساب الغير ، ومن جهة أخرى ، لا يجوز أن يزيد تعويض الدائن عــن قــيمة الإثراء حتى لو كانت قيمة الافتقار أكبر من ذلك ، لأن المثري لا يلــتزم بســبب خطأ ارتكبه ، وإنما بسبب واقعة مادية ، أدت إلى حصوله على كسب ، ولهذا فإن التزامه بالتعويض لا يجوز أن يتعدى ما كسبه فعلاً [١].

ثانــيها : أنه يكفي لقيام الحق في التعويض أن يحدث إثراء ، فالإثراء واقعة قد يلحقهــا التــبدل والتغير ، بمعنى أن الإثراء ، قد يزول بعد وجوده أو يتضاءل وفــي ظــل القــانون المدني القديم ، كان الفقه والقضاء يذهبان إلى القول بأنه يشــترط لجــواز استعمال دعوى الإثراء بلا سبب ، أن يظل الإثراء قائماً إلى وقــت رفع الدعوى ، إلا أن التقنين المدني ، قد نص صراحة في المادة (١٨٩) مدني ، على أنه : " ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد " ، وبهذا فإنه لم يعد يشترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى [٢].

ثالــثها : وأمــا عن وقت تقدير قيمة كل من الإثراء والافتقار التي يتحدد على أساسها قيمة التعويض ، فإن الإثراء يتحدد بقيمته وقت حدوثه [٣].

وأمــا عن قيمة الافتقار ، فإنها تحدد وقت صدور الحكم ، لأن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسئولية التقصيرية [٤] ، حيث لا تسمح طبيعته بأن يقدر نهائياً إلا وقت صدور الحكم ، فهو يخرج من مال المفتقر على نحــو غير محقق ، ولا يمكن أن يعرف على وجه الدقة مقدار ما خرج من مال المفتقر مادام قابلاً للتغير ، ولا يعرف ذلك إلا وقت صدور الحكم [٥].

---

(١) د. السنهوري – الوسيط – السابق – ص ١٦٤٦ .

(٢) د. عبد الرازق فرج – ص ٧٤ .

(٣) د. حسام الاهواني – ص ٧٠١ .

(٤) د. السنهوري – السابق – ص ١٦٥٣ .

(٥) د. حسام الاهواني – ص ٧٠٢ ، قارن ما ذهب إليه ، د. لبيب شنب – مصادر الالتزام – ص ٤٤٧ ، حيث يرى أن تقدير قيمة كل من الافتقار والإثراء وقت تحقق كل منهما .

واثبات الافتقار والإثراء وقيمتهما ، يقع على عاتق الدائن المفتقر ، ويمكن إثبات ذلك بكافة الطرق على أساس اعتبارها من الوقائع المادية [1].

تقادم دعوى الإثراء بلا سبب :

٣٠٥- وقد نصت المادة (١٨٠) مدني ، على أنه : " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط الدعوى - كذلك - في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق " .

ويبدو من هذا النص ؛ أن دعوى الإثراء بلا سبب تسقط بنوعين من التقادم هما :

أولاً : التقادم القصير ، ومدته ثلاث سنوات ، تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض .

ثانياً : تقادم طويل مدته خمس عشرة سنة ، يبدأ سريانها من اليوم الذي ينشأ فيه الالتزام ، فإذا انقضت إحدى هاتين المدتين سقطت الدعوى .

---

(١) نقض مدني في ١٩٧٦/٣/١٦ ، المجموعة س ٢٧ – رقم ١٣٢ – ص ٦٦٢ .

الفصل الثاني
تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب

تتمثل مبدأ الإثراء بلا سبب ، في دفع غير المستحق والفضالة ، وسوف نبين أحكام كل منها في مبحث على حده .

المبحث الأول
دفع غير المستحق

٣٠٦- ورد النص على أحكام دفع غير المستحق في المادة (١٨١) مدني ، التي تنص على أنه : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له ، وجب عليه رده " ، فهذا النص يقرر القاعدة العامة في دفع غير المستحق ، وذلك كتطبيق للإثراء بلا سبب ، وبمقتضاه يجوز لمن دفع شيئاً بدون وجه حق أن يسترده ، وله في هذا الشأن أن يرفع دعوى استرداد ما دفع بغير حق ، وتقوم هذه القاعدة على ركنين أساسيين هما :

أولاً : أن يكون الدين الذي دفع غير مستحق وقت الوفاء به ، وهو يكون كذلك في الحالات الآتية :

(١) إذا كان الدين منعدماً أصلاً ، وذلك كان يعلم الوارث أن في ذمة مورثه ديناً ، ولكنه لا يعرف الدائن الحقيقي ، فيقوم بالوفاء لشخص آخر غيره ، أو أن يقوم شخص بالوفاء في عقد باطل بطلاناً مطلقاً ، وأن يقوم شخص بدفع التعويض عن حادث يعتقد خطأ أنه مسئول عنه ، أو أن ينفذ الوارث وصية كان الموصى قد رجع فيها [1].

(٢) إذا كان الدين لم يتحقق سببه ، أو زال هذا السبب بعد أن تحقق ، وقد نصت على هذا المادة (١٨٢) مدني ، بقولها : " يصح استرداد غير المستحق ،

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٤٩ .

إذا كـان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه ، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " .

وبـناء على هذا النص فإن من قام بالوفاء بناء على عقد قضى بإبطاله أو فسـخه فيما بعد يكون لمن دفع أن يسترد ما دفعه ، لزوال سبب الدين ، ومثال ذلك أن يشتري قاصر عيناً ويدفع ثمنها ، ثم يقضي بإبطال العقد بعد ذلك ، ففي هذه الحالة يحق له أن يسترد الثمن الذي دفعه لزوال سبب التزامه ، أو أن يدفع زوج مؤخـر صـداق زوجته ومتعتها ونفقة عدتها ثم تطلقه على الإبراء ، فإنه يجوز له أن يسترد ما أخذته منه لذلك .

وإذا أوفى المدين بدين معلق على شرط واقف ، فإنه يكون قد أوفى بدين لم يـتحقق سـببه بعد ، ويستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الوفاء قد حصل قبل تحقق الشرط ، أي أثناء فترة التعليق ، أو بعد تخلف الشرط [1] .

ثانياً : وأن يكون الوفاء قد حصل عن غلط :

وقد نصت على هذا المادة (٢/١٨١) مدني بقولها : " لا محل للرد إذا كان مـن قـام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء " .

ويبدو من هذا النص أنه يجب أن يتوافر أمران :

(١) أن يكـون هـناك وفـاء ، ويراد بالوفاء هنا ، كل عمل من أعمال الوفاء يصـدق عليه وصف التصرف القانوني ، ولهذا جاءت عبارة الفقرة الأولى من المـادة (١٨١) مدنـي ، عامة تقول : " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مسـتحقاً له وجـب علـيه رده " ، فقد يكون هذا الوفاء ، وفاء عادياً تم بطريقة مباشـرة ، وقـد يكون عملاً يعادل الوفاء ، كأن يكون وفاء بمقابل أو تجديداً أو

---

(١) السنهوري – الوسيط – فقرة ٨٢٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٠٧ .

إنابة ، أو مقاصة ، وقد يكون إقراراً جديداً بالدين ، أو ترتيباً لتأمين خاص يضمن الوفاء به ، إلى غير ذلك من أعمال الوفاء [1].

ويقع عبء إثبات هذا الوفاء على من يدعي أنه قام بالوفاء ، وهو بوصفه تصرفاً قانونياً يخضع في إثباته للقواعد المتعلقة بإثبات التصرفات القانونية .

(٢) أن يكون الوفاء قد حدث عن غلط بأن قام به الموفى وهو يجهل أنه غير ملزم بما دفع ، وفي هذه الحالة يكون له أن يسترد ما دفعه ، وعليه يقع عبء إثبات الوفاء عن غلط ، وإذا كان الغرض هنا أن من دفع قد وقع في غلط ، فإن هذا الفرض قابل لإثبات العكس ، فيمكن للمدفوع له ، أن يقيم الدليل على أن الوفاء بما لم يكن مستحقا قد تم عن بينه من الموفي .

وإذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، فإنه لا يكون له الحق في رد ما دفعه ، لأنه في هذه الحالة قد أدي متبرعاً ، أو بقصد أداء الدين عن مدين آخر ، ويستثنى نص المادة (٢/١٨١) مدني من ذلك حالتين لا يشترط منهما أن يكون الدفع قد حصل عن غلط لا مكان الاسترداد وهاتان الحالتان هما:

الأولى : إذا كان الموفى ناقص الأهلية ، كان له أن يسترد ما دفعه ، حتى ولو كان قد دفع وهو على بينه من الأمر ، أي يعلم بأنه غير ملزم بالدفع .

الثانية : إذا كان الموفي قد أكره على الوفاء مرة ثانية بسبب فقده للمخالصة ، فإذا عثر عليها جاز له استرداد ما دفعه [2].

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٠٥ .

(2) د. عبد المنعم الصدة – ص ٦٠٨ ؛ د. عبد الرازق فرج – ص ٧٧ .

أحكام دفع غير المستحق :

٣٠٧- نظمت أحكام دفع غير المستحق المادة (١٨٥) مدني بقولها : " ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم .

٢- أما إذا كان سيئ النية ، فإنه يلتزم بأن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيئ الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء ، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية .

٣- وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى ، فهذا النص يفرق بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية وقت الوفاء ، أو سيئ النية .

(١) إذا كان المدفوع له حسن النية وقت الوفاء :

أي يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له ، وحسن النية مفترض ، وعلى الموفى أن يثبت العكس بكافة طرق الإثبات .

وفي هذه الحالة ؛ لا يلزم إلا برد الشيئ الذي تسلمه ، فإذا كان قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية ، كان للموفى قبله دعوى شخصية لاسترداد ما دفع بدون وجه حق ، أما إذا كان ما تسلمه دون وجه حق ، عيناً معينة بالذات ، فإن للموفى إلى جانب دعوى الشخصية - التي تقوم على أساس استرداد ما دفع بدون وجه حق - دعوى عينية بصفته مالكاً .

فإذا هلك الشيئ الذي دفع بدون وجه حق دون تقصير منه ، فإنه لا يلتزم بالرد ، وإنما يسأل عما يقع بخطأ منه .

ولا يلتزم حسن النية برد العوائد والثمرات ما دام حسن النية ، أما إذا أصبح سيئ النية ، فإنه يلزم بردها من وقت أن أصبح كذلك ، ويراعى في

جمـــيع الحالات ، أنه يلزم برد العوائد والثمرات من وقت رفع الدعوى ، إذ أن رفعها يقوم قرينة على زوال حسن النية [1].

(٢) إذا كان المدفوع له سيئ النية وقت الوفاء :

بمعنى أن يتسلم الشيئ وهو يعلم أنه غير مستحق له ، ففي هذه الحالة يلتزم بـــرد الشـــيئ ، حـــتى ولو كان قد هلك في يده ، وكان الهلاك راجعاً إلى القوة القاهرة لأنه قد ارتكب خطأ حين تسلم بسوء نية ما ليس مستحقاً له .

كما يلزم برد الثمار التي قبضها فعلاً وتلك التي قصر في قبضها من وقت القبض ، أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية ، إلا أن له أن يطالب المسترد بالمصـــاريف الضـــرورية التـــي أنفقها في حفظ الشيئ ، وصيانته ، أما بالنسبة للمصـــروفات النافعة ، فإن للمسترد الخيار بين أن يطلب إزالة ما استحدث ، أو استبقاءه في مقابل دفع قيمتة مستحق الإزالة ، أو دفع ما زاد في قيمة الشيئ .

الحالات المستثناة من رد غير المستحق :

وإذا كانـــت القاعدة أن من تسلم غير المستحق يلتزم برده ، فإن هناك ثلاث حالات لها أحكام خاصة هي :

أولاً : حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل :

إذا كـــان المدين الذي وفي الدين قبل حلول أجله يجهل قيام الأجل ، فله أن يســـترد ما دفعه [2] ، لأنه يكون قد دفع دينا غير مستحق ، وذلك على أن يقوم بالوفـــاء مـــن جديـــد عندما يحل الأجل ، والدائن الذي استوفى دينه قبل حلول الأجل ملزم بدوره بأن يرد ما قبضه .

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٧٨ .

(٢) مادة (١/١٨٣) مدني .

ولكــن المشــرع قدر أن الدائن قد يتعرض لخطر إعسار مدينه عند حلول الأجــل فخــيره بين أن يرد ما قبضه ، وبين أن يحتفظ به على أن يدفع للمدين مقــابل ما استعاره بسبب هذا الوفاء المعجل ، فإذا كان الدين المدفوع قبل حلول أجلــه نقوداً ، فإنه يتعين عليه أن يدفع للمدين عائد هذا المبلغ حتى تاريخ حلول الأجل [١].

ثانياً : حالة الوفاء لناقص الأهلية :

وقــد نصــت على هذه الحالة المادة (١٨٦) مدني بقولها : " إذا لم تتوافر أهلــية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به " .

ووفقــاً لهــذا النص ، فإن ناقص الأهلية لا يلتزم في رد غير المستحق إلا بمقــدار ما عاد عليه من نفع حقيقي ، فلا يلتزم برد ما أنفقه في اللهو والملذات لأن هذا لا يعد إثراء له .

وقــد تقــرر هــذا الحكم رعاية لناقص الأهلية ، وذلك استثناء من الأحكام العامة لرد غير المستحق ، والتي تقضي بأن يلتزم المثري برد ما أثرى به ولو كان غير مميز [٢].

ثالثاً : سقوط الحق من الاسترداد :

ويسقط الحق في استرداد ما دفع بغير وجه حق في حالتين هما :

(١) حالــة تجرد المدفوع له ذي النية الحسنة من سند الدين أو من التأمينات أو تــركه الدعوى لتسقط بالتقادم ، وعلى هذا نصت المادة (١٨٤) مدني بقولها : " لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين ، وترتب عليه

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦١٦ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ٨٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ –ص ٥٢ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦١٦ وما بعدها .

أن الدائـــن وهـــو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأميـــنات ، أو تـــرك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم ، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء " .

وهذا النص يعالج حالة شخص دفع عن غلط دين غيره ، وكان الدائن الذي اســتوفى هذا الحق حسن النية ، أي يعتقد صحة الوفاء ، فأعدم سند الدين ، أو تجرد من التأمينات بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد قيده ، أو شطب الرهن أو نـــزل عـــنه ، أو أبـــرأ ذمـــة الكفيل ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالـــتقادم ، ففي هذه الحالات ؛ رأى المشرع أنه لا محل لاسترداد ما دفع بدون وجـــه حق لأن الدائن قد أصبح في وضع قد لا يستطيع فيه أن يستوفي حقه من المدين الحقيقي ، ولو ألزم برد ما قبضه لكان في ذلك إجحاف به ، ولهذا رجح المشرع مصلحته ، على مصلحة الموفى الذي دفع الدين بطريق الغلط .

وإذا كان الموفى ليس حق الرجوع على المدفوع له بدون وجه حق في هذه الحالـــة ، فإن له أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا مـــا نصـــت علـــيه المادة (١٨٤) مدني ، في فقرتها الأخيرة بقولها : " ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الصورة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء [1]" .

(٢) تقادم دعوى استرداد ما دفع بغير حق :

ودعـــوى استرداد ما دفع بغير حق تسقط بأقل المدتين ؛ إما ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، فيبدأ التقادم فـــي هـــذه الحالة من يوم العلم بدفع غير المستحق ، لا من يوم قيام الالتزام في ذمة المدفوع له .

(١) الوســـيط للسنهوري – فقرة ٨٥٣ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦١٧ وما بعدها ، د. عبد الرازق فرج – ص ٨١ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـــ ٢ – ص ٤٥٥ .

وأمـــا أن تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام ، وهو يقوم من يوم دفع غير المستحق [1].

المبحث الثاني
الفضـــــالـــــة

٣٠٨- قـام المشرع بتنظيم أحكام الفضالة في ثلاث مواد هي : المادة (١٨٨) مدنـــي ، التـــي تقول : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد ، القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك " ، والمادة (١٨٩) مدني، التـــي تـــنص على أنه : " تتحقق الفضالة ، ولو كان الفضولي أثناء توليه شأناً لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصـــلاً عـــن الآخر " ، والمادة (١٩٠) مدني ، التي تنص على أنه : " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي " .

شروط قيام الفضالة :

٣٠٩- ويـــبدو مـــن تأمل هذه النصوص الثلاثة ، أنه يشترط لتحق الفضالة ، توافر الشروط الآتية :

أولاً : أن يقوم الفضولي بعمل من أعمال الفضالة :

يشترط أن يقوم الفضولي بشأن من الشئون التي تتصف بالعجلة ولا تحتمل التأخـــير لحساب شخص آخر ، ويتمثل هذا في قيامه بعمل قانوني ، كان يكون وكـــيلاً عـــن صاحب الشأن ، ويتجاوز حدود الوكالة المرسومة له ، فإنه يعتبر فضـــولياً فـــيما جاوز فيه تلك الحدود ، وكأن يؤجر عيناً شائعة بينهما ، أو يبيع

---

(١) مادة (١٨٧) مدني .

محصـــولات لرب العمل مما يسرع إليه التلف ، وقد يقوم بعمل مادي ، كترميم منزل آيل للسقوط ، أو كإطفاء حريق شب بمنزله .

ثانياً : الصفة العاجلة للعمل موضوع الفضالة :

كمـــا يشـــترط أن يكـــون العمل الذي يقوم به الفضولي عاجلاً ، وذلك بأن يكـــون في أمر ضروري ما كان رب العمل ليتوانى في القيام به [1] ، كان يراد بـــه الحفـــظ ، فإذا توانى فيه ، فإنه يخشى أن تحل به خسارة مادية أو معنوية ، وكمـــا فـــي تأجـــير عين شائعة لرب العمل ، أو بيع محصول يخشى عليه من الـــتلف، أو الوفاء بضريبة توقياً للحجز الإداري ، أو التعاقد مع مقاول لإصلاح مـــنزل يخشـــى علـــيه مـــن السقوط ، أو التعاقد مع طبيب لعلاج شخص فاجأه المرض ويتطلب إنقاذاً سريعاً ، أو قطع التقادم في حق على وشك السقوط .

فـــإذا لم يكن العمل الذي يقوم به الفضولي عاجلاً ، فإنه لن يكون من شأنه أن تسري عليه أحكام الفضالة .

ثالثاً : أن يقصد الفضولي مصلحة رب العمل :

يجب لقيام الفضالة أن يتجه قصد الفضولي – وهو يتولى شأناً لغيره – إلى أن يعمـــل لمصلحة رب العمل ، وهذه النية هي التي تجعل الفضولي متفضلاً ، حيـــث سيكون على بينة أنه يعمل لمصلحة غيره ، وهي التي تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب .

فـــإذا انصرفت نية من يتولى شأناً لغيره إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكـــون فضـــولياً ، حـــتى لو تحققت منفعة للغير من وراء هذا العمل ، فلو أن مســـتأجراً قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة كي يوفر لنفسه الانتفاع بالعيـــن علـــى نحو ملائم ، فإنه لا يعتبر فضولياً ، لأنه يعمل لمصلحة نفسه ،

---

(1) السنهوري – الوسيط – جـ ١ – فقرة ٨٦٦ .

ويكـــون رجوعـــه علـــى المـــالك بدعوى الإثراء بلا سبب [١] ، كذلك لا يعتبر فضـــولياً من تتصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه ، ثم تبين بعد ذلك أنه كان يعمـــل لمصـــلحة غـــيره ، فلـــو أن حائـــز المنزل اعتقد أنه المالك ، فقام فيه بإصـــلاحات ضـــرورية ثم اتضح له بعد ذلك ، أن المنزل ملك لغيره ، أو أنه شـــائع بيـــنه وبيـــن غيره ، فإنه لا يعتبر فضولياً ، ويكون رجوعه على الغير بدعـــوى الإثراء إذا توافرت شروطها [٢] ، لكن الخطأ في شخص رب العمل لا يحـــول دون قيام الفضالة ، فلو أن شخصاً يتولى شأناً لغيره اعتقد أنه يعمل له ، ثـــم اتضـــح بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة شخص آخر ، فإنه يعتبر مع ذلك فضولياً ، لأن المطلوب هو انصراف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير لا لمصلحة شخص معين بالذات [٣].

كمـــا تتحقق الفضالة حتى ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عـــن الآخـــر [٤] ، وذلـــك كأن يقوم الشريك في الشيوع بتأجير العين لمصلحة شريكه .

رابعاً : أن يقوم الفضولي بعمل لم يكن ملزماً له :

ويشـــترط أن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بالعمل ، وعلى هذا فلا يعتبر فضـــولياً مـــن كـــان ملـــزماً بالعمل بمقتضى عقد وكالة ، أو بمقتضى أمر من المحكمـــة كالحـــارس ، أو بنص القانون كالوصي [٥] ، ويلاحظ أن رب العمل غالـــباً مـــا يجهـــل تصدي الفضولي لشأن من شئونه ، ولهذا فإنه إذا علم بعمل

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٢٥ .

(٢) المرجع نفسه .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٤٧١ وما بعدها .

(٤) مادة (١٨٩) مدني .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية – السابق .

الفضــولي وأجــازه ، فإنه يصير بهذه الإجازة اللاحقة وكيلاً ، وهذا ما عبرت عنه المادة (١٩٠) مدني بقولها : " وتسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قــام بــه الفضولي " ، ويستوي لترتيب هذا الحكم أن تكون شروط الفضالة قد توفــرت أو لــم تتوفر هذه الشروط ، ففي كلا الحالتين يجعل الإقرار من الغير وكــيلاً إذا كان العمل الذي قام به تصرفاً قانونياً [1] ، أما إذا كان رب العمل قد نهــي شخصــاً عن التدخل في شئونه ، فإن تدخل هذا الشخص ، رغم النهي لا يجعله فضولياً ، فإذا عاد من جراء تدخله نفع على رب العمل ، كان له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب .

الأحكام الناشئة عن الفضالة :

إذا توافــرت شــروط الفضــالة ، فإنها ترتب التزامات على عاتق كل من الفضولي ، ورب العمل ونبين هذين الالتزامين فيما يلي :

المطلب الأول
التزامات الفضولي

٣١٠- يعتــبر القانون هو المصدر المباشر لالتزامات الفضولي . بالرغم من أنهــا تنشــأ عن عمل إرادي قام به الفضولي [2] ، وينظر القانون في التزامات الفضــولي إلى العمل المادي الذي يقوم به ، ويعتبر عمل الفضولي بالنسبة لرب العمل عملاً مادياً .

والالتزامات التي تقع على عاتق الفضولي تجاه رب العمل هي :

أولاً : أن يمضي في العمل الذي بدأه :

يجب على الفضول أن يمضي في العمل الذي بدأه ، حتى يتمكن رب العمل مــن مباشــرته بنفسه ، وهذا ما عبــرت عنــه المادة (١٩١) مدني ، بقولها

---

(١) السنهوري – الوسيط – جـ١ – فقرة ٨٧٥ ، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٤٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢- ص ٤٧٣ .

: " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه " ، فالقانون لا يلزم أحداً بتولي شئون غيره مهما كانت الضرورة الداعية لذلك ، ولكنه يأبى على من بدأ عملاً أن يقوم به مبتوراً أو ناقصاً ، ولهذا فإنه يفرض على الفضولي إذا بدأ العمل أن يتمه فيمضي في رعاية مصلحة رب العمل ، إلى أن يتمكن من مباشرته بنفسه ، ولا يسقط عنه هذا الالتزام إلا إذا كان من شأن مضيه فيه أن يعرضه لخطر جسيم ، كما لو كان يطفئ حريقاً شب في منزل جاره ، وأصابته حروق اضطرته إلى التراجع أمام الخطر الذي يداهمه ، وإذا كان يتولى عملاً عن غائب ، وفقاً لنص المادة (٧٤) من قانون الولاية على المال ، واستطاع أن يحصل على حكم من المحكمة بإقامة وكيل عن الغائب ، أمكن للفضولي أن يعفي نفسه من العمل الذي بدأه [١].

ثانياً : إخطار الفضولي لرب العمل ليتدخل متى استطاع :

ويجب على الفضولي أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك ، حتى يتسنى لرب العمل أن يباشره بنفسه [٢] ، ذلك أن مباشرة رب العمل لشأن من شئونه ليس واجباً عليه فحسب ، ولكنه حق له ، وله أن يمنع الفضولي - بمقتضاه - عن التدخل في شئونه .

ثالثاً : أن يبذل في عمله عناية الشخص المعتاد :

كما يجب على الفضولي أن يبذل في القيام لعمل عناية الشخص المعتاد ، وقد نظمت هذا المادة (١٩٢) مدني ، بقولها : " ١- يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بعمله عناية الشخص العادي ، ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٢٩ .

(٢) مادة (١٩١) مدني ، والمذكرة الإيضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٤٧٣ .

ذلــك يجــوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

٢- وإذا عهــد الفضــولي إلـــى غيره بكل العمل ، أو ببعضه كان مسئولاً عن تصـــرفات نائـــبه دون إخـــلال ، بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب .

٣- وإذا تعـــــدد الفضــوليون فـــي القــيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين في المسئولية " .

ويبدو من تلك المادة ؛ أن الفضولي يلزم ببذل عناية الشخص المعتاد ، فإذا أخــل بالــتزامه كان مسئولاً ، ولكن الخطأ هنا لا يعتبر خطأ عقدياً ، ولا خطأ تقصــيرياً ، وإنمـــا هو خطأ في تنفيذ الفضولي لالتزاماته ، ولهذا فإن مسئوليته هــنا تتســم بطـــابع مستقل عن المسئولية العادية ، فلا يتحتم أن يلزم بتعويض كــامل، إذ يجــوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على خطئه ، إذا كانت الظــروف تــبرر ذلــك ، سيما وأن الفضولي متبرع حين يتدخل لرعاية شئون الغير [1] ، ومعلوم أنه ما على المحسنين من سبيل ، ولذلك كان هذا التوجه مما يتفق مع اتجاه التشريع الإسلامي .

وإذا عهــد الفضـــولي إلـــى غـــيره بكل العمل أو بعضه كان مسئولاً عن تصـــرفات نائـــبه ، ومسئوليته هنا هي مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، وقد جعــل القـــانون لـــرب العمل أن يرجع على نائبه بالدعوى المباشرة ، كما أن للفضـــولي نفســـه أن يـــرجع علـــى نائـــبه بالدعوى غير المباشرة ، وإذا تعدد الفضـــوليون فـــي القـــيام بعمل واحد ، ووقع منهم خطأ ، كانوا متضامنين في المسئولية أمام رب العمل [2].

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصده – ص ٦٣١ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٨٦ .

(2) مادة (٣/١٩٢) مدني .

رابعاً : يجب على الفضولي تقديم حساب لرب العمل :

كمـــا يلـــتزم الفضـــولي بأن يقوم بتقديم حساب لرب العمل ورد ما استولى علـــيه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٣) مدني ، بقولها : " يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به " .

كما نصت المادة (٧٠٦) مدنـــي ، على واجبـــات الوكيـــل بقـــولها : " ١ – لـــيس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢– وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " ، وبناء على ذلك ؛ فإنه إذا كان الفضولي قد تحصل على أموال تدين ذمة رب العمل ، فإنه يجب عليه أن يقدم حساباً عنها ، كمـــا يلتزم بدفع فوائدها من تاريخ الإعذار ، إذا لم يكن قد استعملها لمصلحته ، أمـــا إذا كـــان قد استعملها لمصلحته ، فإنه يلزم بالفوائد من وقت استعمالها [1]، مـــع ملاحظـــة أن الفوائد على الديون رباً تحرمه الشريعة الإسلامية ، وإذا قام الفضـــولي بعمل مادي ، كجني محصول ، وجب عليه أن يسلمه حين يتمكن من ذلك ولا يجوز أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا وجب عليه التعويض [2].

أثر الأهلية على مسئولية الفضولي :

٣١١– كثير من تصرفات الفضولي تحتاج إلى أهلية تختلف في درجتها بحسب العمـــل الذي يقوم به ، فتدخل الفضولي لمصلحة رب العمل يجب أن يكون عن قصـــد ، وهـــذا القصد يقتضي التمييز لدى الفضولي ، كما أن الفضولي قد يبرم تصـــرفاً قانونـــياً ، إما باسمه ، أو باسم رب العمل ، وإبرام التصرف القانوني

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٢ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ٨٦ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٣

يقتضي أهليته ، كما أن الفضولي يقع عليه التزامات معينة ، ويجب لمطالبته بها أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لذلك ، وفي المسألة تفضيل يحسن بيانه .

فإذا كان العمل الذي قام به الفضولي مادياً فإنه يكفي أن يكون مميزاً ، وإذا كـــان العمـــل الذي يقوم به مما يتعلق بأعمال الإدارة مثل بيع ثمار مزرعة أو إنتاج مصنع ، فإنه يجب أن تتوافر له أهلية الإدارة ، وإذا كان ما يقوم به عملاً قانونـــياً فإنـــه يشترط أن تتوافر فيه أهلية التعاقد ، وإذا لم تتوافر في الفضولي أهلـــية التعاقد فإنه لا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى بـــه ، ما لم تكـــن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع ، فتكون مسئوليته كاملة [1] ، وإذا كـــان العمل القانوني الذي باشره الفضولي قد تم باسم رب العمل، فإنه يكفي فيه أن تـــتوافر أهلية الوكيل ، بأن يكون صغيراً مميزاً ، فإذا كان التعاقد قد تم باسم الفضولي ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة [2].

أثر الموت على التزامات الفضولي :

٣١٢- وإذا مـــات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل ، وذلك طبقاً لما تقضي به المادة (٢/٧٦٧) ، (١/١٩٤) مدني ، ويكون على ورثة الفضولي فـــي حالة وفاته أن يقوموا بإخطار رب العمل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابـــير ما تقتضيه الحال لصالحه بشرط أن تتوافر لديهم الأهلية ، وأن يكونوا علـــى علم بالفضالة ، وهذا ما نظمه المشرع في أحكام الوكالة . وإذا مات رب العمل ، بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم [3].

---

(1) مادة (١/١٩٦) مدني .

(2) السنهوري – الوسيط – جـــ١ – فقرة ٨٨٦ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيريـــة – جـــ٢ – ص ٤٨٦ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٤ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٧ .

(3) مادة (٢/١٩٤) مدني .

المطلب الثاني
التزامات رب العمل

٣١٣- نظمت المادة (١٩٥) مدني ، التزامات رب العمل بقولها : " يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص المعتاد، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة ، التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " .

ويبدو من نص تلك المادة ، أن التزامات رب العمل في الفضالة هي :

أولاً : أن يقوم رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، فإذا أبرم الفضولي تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل ، وتوافرت شروط الفضالة ، كان نائباً قانونياً عن رب العمل ، وتنصرف آثار هذه التصرفات إلى رب العمل ، فيصبح دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي [١] ، وعليه يلتزم رب العمل بتنفيذ الالتزامات التي تترتب على هذا التصرف باعتباره طرفاً فيه[٢] .

ثانياً : أن يقوم رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها لحسابه ، وأن يعوضه عما التزم به ، وذلك لأن الفضولي إذا عقد تصرفاً باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل ، فإنه لا يعتبر نائباً عن هذا الأخير ، لأنه أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، ومن ثم ينصرف أثر التصرف إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٤٨٣ .
(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٦ .

الفضـــولي، ويعتبر هو الدائن بالحقوق والالتزامات لتي تنشأ عنه ، ويلتزم رب العمــل فــي هــذه الحالــة بتعويض الفضولي عن هذه الالتزامات ، فإذا أداها الفضولي رجع بما أداه على رب العمل [1] .

ثالثاً : أن يرد إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها مضافاً إليها عوائدهــا مــن يوم دفعها ، كما يلتزم في مواجهة الفضولي بأن يدفع له الأجر الــذي يســتحق له ، إذا كان العمل الذي أداه داخلاً في نطاق مهنته ، وذلك كما فــي حالــة المهــندس والمحامي والطبيب ، إذا قام أي منهم بعمل توافرت فيه شروط الفضالة [2] .

رابعاً : تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، فإذا كان الفضــولي قــد أصــابه ضــرر من جراء قيامه بالعمل ، وكان ذلك بغير خطأ منه،وجــب علــى رب العمــل أن يعوضه عن هذا الضرر ، وذلك كما لو قام بإطفــاء حــريق فــأدى هــذا إلى إتلاف أمتعة له ، أوأمسك بزمام فرس جامح فأصــيب بجــروح [3] ، وفي جميع الحالات السابقة ، فإن مسئولية رب العمل تكــون مســئولية كاملة ، ولو لم تتوافر لدية أهلية التعاقد ، وقد نصت على هذا المــادة (٢/١٩٦) مدني ، فقالت : " أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لــم تــتوافر فــيه أهلية التعاقد " ، وذلك لأن النيابة بينه وبين الفضولي ، نيابة قانونية ، وهي لا تتطلب أن تتوافر الأهلية اللازمة للتصرف لدى الأصيل [4].

---

(١) المرجع نفسه – ص ٦٣٦ وما بعدها .

(٢) مادة (١٩٥) مدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية – السابق .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٧ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٣٨ ، وقارن ما ذهب إليه : د. السنهوري في الوسيط – جـ١ – فقرة ٨٦١ ، ٨٩٨ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٩٠ .

تقادم الحقوق الناشئة عن الفضالة :

٣١٤- تنص المادة (١٩٧) مدني ، على أنه : " تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ، وينطبق حكم هذا النص على الحقوق الناشئة عن الفضاله ، سواء أكان ذلك بالنسبة للفضولي أم بالنسبة لرب العمل [1].

---

(1) المرجع السابق .

الباب الخامس

القـــانـــون

٣١٥- يقصـــد بالقـــانون - هنا - المصدر المباشر للالتزام ، لأن الالتزامات الأخـــرى التي تنشأ عن العقد ، أو الإرادة المنفردة ، أو العمل غير المشروع أو الإثـــراء بلا سبب ، هي في حقيقة الأمر التزامات قانونية ، لكنها تكون مصدراً مباشـــراً له ، أما القانون الذي يقرر تلك المصادر فيظل مصدره غير المباشر ، ولهـــذا فإنـــنا إذا أطلقنا القول على وجه التقريب لأمكن أن نقول ، أن كل التزام مصـــدره القانون ، إلا أنه يجب أن نفرق بين التزام يكون القانون مصدراً غير مباشـــر له ، وآخـــر يكـــون القـــانون مصـــدره المباشر فهناك إلى جانب تلك الالـــتزامات الـــتزامات أخرى لا تنشأ عن واقعة من تلك الوقائع الأربع ، وإنما يرتبهـــا القانون بمقتضى نص خاص لكل منها ، بناء على واقعة مادية معينة ، لا تدخـــل تحت واحدة من تلك الوقائع ، وتختلف من التزام إلى آخر ، وهذه هي الالتزامات القانونية التي يكون القانون مصدراً مباشراً لها .

ويـــرى الأســـتاذ الكبير الدكتور **السنهوري** - رحمه الله - : أن الواقعة القانونـــية تكـــون مصدراً مباشراً للالتزام في كل حالة تندرج تحت هذه الواقعة دون تميـــيز بيـــن حالة وأخرى ، أما الواقعة التي يختارها القانون ويرتب عليها الـــتزاماً في حالة أو حالات معينة بمقتضى نص خاص ، يعين الحالة بالذات ، فلا تكون مصدراً لهذا الالتزام ، بل يكون القانون هو مصدره المباشر ، وانتهى مـــن ذلك إلى أن الالتزامات القانونية ، التي يكون القانون مصدراً مباشراً لها ، يســـتند بعضها إلى وقائع مادية ، ويستند البعض الآخر إلى تصرف قانوني هو

الإرادة المنفردة [1] ، فعنده أن الإرادة المنفردة ليست مصدراً للالتزام ، لأن الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون ، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات [2].

النص هو الذي ينشئ الالتزام ويحدد أركانه وأحكامه :

٣١٦- وعندما يكون القانون هو المصدر المباشر للالتزام ، فإن ذلك يعني أنه هو الذي يتولى تحديد مضمون الالتزام ويبين مداه ، وقد نص المشرع على ذلك في المادة (١٩٨) مدني ، بقوله : " الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها [3].

فالالتزام القانوني ينشئه النص الذي ورد بشأنه ، ويعتبر هذا النص مصدراً مباشراً له ، كذلك يحدد النص أركان هذا الالتزام ومداه ، وليست هناك صعوبة تثور في شأن محل هذا الالتزام ، لأن القانون هو الذي يعين هذا المحل ، ومن ثم يكون مستوفياً لشروطه المطلوبة ، كما أن السبب ليس ركناً في هذا الالتزام ، لأن السبب يتصل بالإرادة ، ونحن هنا بصدد واقعة مادية ، يرتب القانون عليها التزاماً بصرف النظر عن الإرادة ، ولأن هذا الالتزام يقوم على واقعة مادية ، فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك [4] ، ومن

---

(1) د. السنهوري – الوسيط – جـ١ – ص ٩٠٢ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٤٩٢ حيث تقرر أن من الالتزامات ما يكون القانون مصدرها المباشر والأخير في آن واحد معاً ، ومنها ما يكون القانون مصدرها الأخير .

(2) المرجع نفسه – فقرة ٩٠٨ ، وقارن د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٦٤١ ، حيث يتفق مع جمهور الفقهاء على أن الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للالتزام في القانون المصري .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية – المكان السابق .

(4) المرجع نفسه – جـ ٢ – ص ٤٩٢ .

هــذا القبيل ما قضت به المادة (١٩٦) مدني ، من أنه : " إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذي أثرى به ، مــا لــم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع " ، ومن ذلك ما تقضي به المادتــان (٢/١٩٤ ، ٢/٧١٧) مدنـــي ، من أن ورثة الفضولي يجب عليهم أن يخطــروا رب العمل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل ، وذلك بشرط أن تتوافر فيهم الأهلية .

وأحكام هذا الالتزام - أيضاً - يبينها النص ، وفيما عدا ما يذكره النص في هــذا الشأن يسري على هذا الالتزام ما يسري على الالتزامات العامة فيما يتعلق بالتنفيذ .

تطبيقات القانون كمصدر مباشر للالتزام :

٣١٧- هــناك التزامات كثيرة يعتبر القانون مصدرها المباشر ، ومن ذلك ، في التقنيــن المدني : التزامات الفضولي ، والتزامات الجوار ، والالتزامات الناشئة عــن الحــائط المشــترك ، والحــائط الملاصــق ، ومنها في قوانين الأحوال الشخصــية: الــتزامات الأســرة ، حيث تدخل النفقة ، والواجبات الأخرى بين الزوجيــن ، وبين الوالدين والأولاد ، والتزامات الأولياء ، والأوصياء والقوام ، ومـــنها فـــي القوانيــن الماليــة : الالــتزام بدفــع الضرائب ، ومنها في تقنين المــرافعات: جــواز إلــزام الخصــم بتقديم ورقة تحت يده ، تكون منتجة في الدعــوى، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة (٢٥٣) مرافعات [1] ، ومـــنها في التقنين التجاري ، جواز إلزامه التاجر بتقديم دفاتره إلى المحكمة أو بتوصيلها إلى خصمه للإطلاع عليها ، وغير ذلك من الحالات التي تعتبر تطبيقاً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٤٩٢ في الهامش

للقـــانون كمصدر مباشر للالتزام بها ، وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة مصادر الالتزام .

أسأل الله التوفيق والسداد ، والحمد لله رب العالمين . .

فهرس تفصيلي بمحتويات الكتاب

الموضوع	صفحة
تقـــديـــم .	٥
تمهيد للتعريف بالالتزام ومصادره إجمالا .	٩
أنواع الإلتزام .	١١
أولا : الالتزام باعطاء والقيام بعمل والامتناع عن عمل .	
ثانياً : الالتزام بنتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية .	١٢
ثالثاً : الالتزام الشخصي والالتزام العينى .	١٣
محل الالتزام .	
أولاً : الأعمال .	١٤
ثانياً : الأشياء .	
تقسيمات الأشياء .	١٥
الأشياء الداخلة في التعامل والخارجة عنه .	
عرض تقسيمات الأشياء .	
أولاً : الأشياء العقارية والأشياء المنقولة .	١٦
العقارات .	١٧
(أ) العقار بطبيعته .	
(ب) العقار بالتخصيص .	
شرطاً اعتبار الشيء عقاراً بالتخصيص .	١٨
الأحكام المتعلقة بالعقار بالتخصيص .	١٩
ثانياً : المنقولات .	٢٠
(أ) المنقولات بطبيعتها .	

الموضوع	صفحة
(ب) المنقولات بحسب المآل .	٢٠
أثر اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل .	
شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل .	٢١
أثر تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول .	٢٢
ثانياً : الأشياء لمثلية والأشياء القيمية .	٢٥
أثر التفرقة بين المثلي والقيمي .	
(أ) من حيث الهلاك .	٣٩
(ب) من حيث انتقال الملكية .	٢٦
(ج) من حيث الوفاء .	٤١
(د) من حيث المقاضة .	
ثالثاً : الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك .	
أثر تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك .	٢٧
رابعاً : الأشياء العامة والأشياء الخاصة .	٢٨
أثر التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة .	٢٩
مصادر الالتزام .	٣٠
أولاً : المصادر الإدارية .	
خذطة الدراسة .	٣١
القسم الأول .	
المصادر الإدارية .	٣٣
الباب الأول .	
العقد .	٣٥

الموضوع	صفحة
الفصل الأول .	
تعريف العقد وبيان أقسامه .	٣٥
المبحث الأول : تعريف العقد .	
المبحث الثاني : أنواع العقود .	٣٧
أولاً : العقد المسمى والعقد غير المسمى .	
ثانياً : العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني .	٣٨
مبدأ الرضائية ليس من النظام العام .	٣٩
الشكلية وطرق الشهر .	٤٠
الفرق بين الشكلية وطرق الشهر .	
ثالثاً : العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد .	
أهمية التفرقة بين العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد .	٤١
رابعاً : عقود المعارضة وعقود التبرع .	٤٢
أهمية التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع .	٤٣
خامساً : العقود المحددة والعقود الاحتمالية .	٤٥
سادساً : العقود الفورية والعقود الممتدة .	
سابعاً : العقد البسيط والعقد المختلط .	
الفصل الثاني :	٤٨
انعقاد العقد .	
المبحث الأول : التراضي في إبرام العقد .	
المطلب الأول : وجود التراضي .	٤٩
الفرع الأول : التعبير عن الإرادة .	٥٠
أولاً : التعبير الصريح عن الإرادة .	

الموضوع	صفحة
ثانياً : التعبير الضمني عن الإرادة .	٥١
مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة .	٥٢
أولاً : السكوت الموصوف .	
ثانياً : السكوت الملابس .	٥٣
الفرع الثاني : الاختلاف بين الارادة والتعبير عنها .	٥٥
أولاً : نظرية الإرادة الباطنة .	
ثانياً : نظرية الإرادة الظاهرة أو إعلان الإرادة .	
اتجاه المشرع المصري .	٥٦
الفرع الثالث : الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة وأثره .	٥٨
موت من صدر منه التعبير أو فقده لأهليته .	٥٩
موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته .	٦٠
الفرع الرابع : توافق الإرادتين .	٦١
أولاً : الإيجاب .	
الحالات التي يكون الإيجاب فيها ملزماً .	٦٢
حالات سقوط الإيجاب .	٦٣
ثانياً : القبول .	٦٤
الشروط التي يجب توافرها في القبول .	
حالات خاصة للقبول .	٦٥
أولاً : القبول في عقود المزاد .	
ثانياً : القبول في عقود الإذعان .	٦٦
خصائص عقود الإذعان .	
ثالثاً : التعاقد فيما بين الغائبين (التعاقد بالمراسلة) .	٦٧

الموضـــــوع	صفحـــة
أهمية تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بين الغائبين .	٦٨
كيفية تحديد زمان انعقاد العقد .	٦٩
أولاً : نظرية إعلان القبول .	
ثانياً : نظرية تصدير القبول .	
ثالثاً : نظرية استلام القبول .	٧٠
رابعاً : نظرية العلم بالقبول .	
اتجاه القانون المدني المصري .	
المطلب الثاني : صور خاصة من التراضي .	٧١
الفرع الأول : النيابة في التعاقد .	
شروط وجود النيابة .	٧٢
أولاً : إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل .	
ثانياً : تعاقد النائب باسم الأصيل .	٧٤
ثالثاً : أن يلتزم النائب حدود النيابة .	
الآثار الناشئة عن النيابة .	٧٥
أولاً : في علاقة الأصيل بالنائب .	
ثانياً : في علاقة الأصيل بالغير .	٧٦
ثالثاً : في علاقة الغير بالنائب .	
الفرع الثاني : الوعد بالتعاقد .	
شروط الوعد بالتعاقد .	٧٧
آثار الوعد بالتعاقد .	
أولاً : آثار الوعد قبل إظهار الرغبة .	٧٨
ثانياً : آثار الوعد بعد اظهار الرغبة .	

الموضوع	صفحة
الفرع الثالث : العربون .	
المطلب الثالث : صحة التراضي .	٨٠
الفرع الأول : الأهلية اللازمة لصحة التراضي .	
مدى صلاحية الأهلية لإبرام العقود المختلفة .	٨١
الفرع الثاني : سلامة الرضا من العيوب .	٨٢
الغصن الأول : الغلط .	
أولاً : الغلط المانع من التعاقد .	٨٣
ثانياً : الغلط الذي يعيب الإرادة .	
(أ) الغلط في الواقع .	
(ب) الغلط في القانون .	٨٤
شروط وجود الغلط .	٨٥
الغلط الذي لا يؤثر في صحة العقود .	٨٦
أثر وجود الغلط .	٨٧
الغصن الثاني : التدليس .	٨٨
شروط التدليس المعيب للإرادة .	
أولاً : استعمال طرق احتيالية .	
ثانياً : أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد .	٨٩
أثر التدليس في العقد .	٩٠
الفصل الثالث : الإكراه .	٩١
شروط الإكراه .	٩٢
أولاً : استعمال وسائل للإكراه .	
ثانياً : أن تكون هناك رهبة قد حملت المكره على التعاقد .	٩٣

الموضــــوع	صفحـــة
ثالثاً : أن يكون الإكراه صادراً من المتعاقد الآخر .	٩٤
أثر الإكراه على العقد .	٩٤
الغصن الرابع : الغبن والاستغلال .	٩٥
أولاً : العنصر المادي .	٩٦
ثانياً : العنصر النفسي .	
جزاء الاستغلال .	٩٧
أولاً : دعوى إبطال العقد .	
ثانياً : دعوى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون .	٩٧
المبحث الثاني : محل العقد .	٩٩
شروط محل العقد .	
أولاً : أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود (ممكناً) .	
التعاقد على شيء مستقبل .	١٠٠
إمكان وجود المحل .	
(١) الاستحالة المطلقة .	
(٢) الاستحالة النسبية .	١٠١
ثانياً : أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .	
ثالثاً : مشروعية المحل .	١٠٣
المبحث الثالث : السبب .	١٠٦
أولاً : النظرية التقليدية في السبب .	
السبب في العقود المختلفة .	١٠٧
شروط السبب وفقاً للنظرية التقليدية .	١٠٨
ثانياً : النظرية الحديثة في السبب .	١٠٩

الموضوع	صفحة
شروط السبب وفقاً للنظرية الحديثة .	١١٠
أولاً : وجود السبب بمعنى القصد المباشر .	١١٠
ثانياً : أن يكون السبب مشروعاً .	
إثبات السبب .	١١١
أولاً : إذا لم يذكر السبب في العقد .	
ثانياً : حالة ذكر السبب في العقد .	١١٢
المبحث الرابع : أثر تخلف شروط الانعقاد والصحة .	١١٣
المطلب الأول : البطلان .	١١٤
البطلان المطلق والبطلان النسبي .	
حالات البطلان المطلق .	
خصائص البطلان المطلق .	١١٤
حالات البطلان النسبي .	١١٥
خصائص البطلان النسبي .	١١٦
المطلب الثاني : الإجازة .	١١٧
شروط صحة الإجازة .	١١٨
حكم الإجازة .	١١٩
الفرع الأول : آثار البطلان .	
حالة تعبير الرد بسبب الإبطال .	١٢٠
حالة تحريم الرد بسبب البطلان .	
تعويض الضرر الناشئ عن بطلان العقد .	
الآثار العرضية للعقد الباطل .	١٢١
أولاً : تحول العقد الباطل .	

الموضوع	صفحة
ثانياً : انتقاص العقد الباطل في شق منه .	١٢٢
الفرع الثاني : آثار البطلان بالنسبة للغير .	١٢٣
الفصل الثالث :	
آثار العقد .	١٢٦
المبحث الأول : آثار العقد من حيث الأشخاص .	
المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة للخلف العام .	
المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة للخلق الخاص .	١٢٨
المطلب الثالث : أثر العقد بالنسبة للغير .	١٢٩
الفرع الأول : التعهد عن الغير .	
شروط التعهد عن الغير .	
آثار التعهد عن الغير .	١٣٠
الفرع الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير .	١٣١
أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .	١٣٢
أولاً : علاقة المشترط بالمتعهد .	
ثانياً : علاقة المشترط بالمنتفع .	١٣٣
ثالثاً : علاقة المتعهد بالمنتفع .	
المبحث الثاني : آثار العقد من حيث الموضوع .	١٣٤
المطلب الأول : تحديد نطاق العقد .	
المطلب الثاني : تفسير العقد .	١٣٥
أولاً : حالة وضوح عبارة العقد .	
ثانياً : حالة عدم وضوح عبارة العقد .	١٣٦
ثالثاً : حالة الشك في معنى العبارة .	

الموضوع	صفحة
المطلب الثالث : تنفيذ العقد .	١٣٧
نظرية الظروف الطارئة .	١٣٨
شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .	١٣٩
الآثار المترتبه على الظروف الطارئة .	١٤٠
الفصل الرابع :	
زوال العقد .	١٤١
المبحث الأول : الفسخ .	
المطلب الأول : شروط الفسخ .	١٤٢
أولاً : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين .	
ثانياً : امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه .	١٤٣
ثالثاً : أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو يكون مستعداً لتنفيذه .	
رابعاً : أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه .	٢٣٥
خامساً : أن يقوم طالب الفسخ باعذار المدين .	١٤٤
المطلب الثاني : تقرير الفسخ .	
أولاً : الفسخ القضائي .	
ثانياً الفسخ الاتفاقي .	١٤٥
ثالثاً : الفسخ بحكم القانون .	١٤٦
المطلب الثالث : آثار الفسخ .	
أولاً : أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين .	١٤٧
ثانياً أثر الفسخ بالنسبة للغير .	
سقوط حق الفسخ .	١٤٨
المبحث الثاني : الدفع بعدم التنفيذ .	

الموضوع	صفحة
شروط الدفع بعدم التنفيذ .	١٤٩
أولاً : أن يكون العقد ملزماً للجانبين .	١٤٩
ثانياً : أن يكون الإلتزام المقابل مستحق الأداء .	
ثالثا : وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .	
كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .	١٥٠
آثار الدفع بعدم التنفيذ .	
أولاً : فيما بين المتعاقدين .	
ثانياً : بالنسبة للغير .	١٥١
انقضاء الدفع بعدم التنفيذ .	١٥٢
الفصل الخامس :	
المسئولية العقدية .	١٥٣
المبحث الأول : الخطأ العقدي .	١٥٤
أولا : الاخلال بالتزام ببذل عناية .	
أنواع الخطأ العقدي .	١٥٦
اثبات الخطأ العقدي .	
الخطأ العقدي في المسئولية عن فعل الغير .	١٥٧
شروط المسئولية العقدية عن فعل الغير .	١٥٨
الخطأ العقدي في المسئولية عن الأشياء .	١٥٩
المبحث الثاني : الضرر .	
نوعا الضرر : الضرر المادي والضرر الأدبي .	١٦٠
الشروط الواجب توافرها في الضرر .	١٦١
أولاً : أن يكون الضرر محقق الوقوع .	

الموضوع	صفحة
ثانياً : أن يكون الضرر مباشراً .	١٦٢
ثالثاً : أن يكون الضرر متوقعاً وقت العقد .	١٦٣
المبحث الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر .	
تعديل أحكام المسئولية العقدية .	١٦٤
أولا : الاتفاق على تشديد المسؤلية العقدية .	
ثانياً : الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الإعفاء منها .	
الباب الثاني : الارادة المنفردة .	١٦٧
الفصل الأول : مضمون التصرف بالارادة المنفردة وحالات الالتزام بها .	
المبحث الأول : مضمون نظرية الارادة المنفردة وأسانيدها .	١٦٨
(١) من الناحية العلمية .	١٦٩
(٢) من ناحية المنطق القانوني .	
أسانيد نظرية الارادة المنفردة .	١٧٠
المبحث الثاني : حالات الالتزام بالارادة المنفردة .	١٧٣
المبحث الثالث : أحكام التصرف بالارادة المنفردة .	١٧٤
أولاً : التصرف الانفرادي تصرف إرادي .	١٧٥
ثانياً : يجب أن تكون الارادة سليمة .	١٧٦
ثالثاً : السبب في التصرف الانفرادي .	١٧٧
رابعاً : تفسير التصرف الانفرادي .	
خامساً : ومن جهة أثر التصرف الانفرادي .	
الفصل الثاني : تطبيقات نظرية الارادة المنفردة .	١٧٨
المبحث الأول : الوعد بجائزة الموجه للجمهور .	
الفرع الأول : شروط الوعد بالجائزة .	

الموضوع	صفحة
أولاً : اتجاه إرادة الواعد الصحيحة إلى إلزام نفسه .	١٧٩
ثانياً : أن يكون محل الالتزام جائزة معينة .	١٨٠
ثالثاً : أن يكون الوعد موجهاً إلى الجمهور أو أشخاص معينين .	١٨١
رابعاً : أن يكون سبب الالتزام أمراً معيناً .	١٨٢
الفرع الثاني : أحكام الوعد بجائزة .	١٨٣
أولاً : تعيين المدة لانجاز العمل المطلوب .	
ثانياً : عدم تعيين مدة لانجاز العمل المطلوب .	١٨٤
ثالثاً : تقادم دعوى الوعد بجائزة .	١٨٦
المبحث الثاني : الايجاب الملزم .	١٨٩
القسم الثاني : المصادر غير الارادية للالتزام .	١٩٣
الباب الأول : العمل غير المشروع .	
المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية .	١٩٤
أولها : الجزاء .	١٩٥
ثانيها : النطاق والغاية .	
ثالثها : الطبيعة والمضمون .	
أنواع المسئولية القانونية .	
الفرق بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .	١٩٦
(١) من حيث الاختصاص برفع الدعوى .	١٩٧
(٢) وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية .	
(٣) لا تسقط الدعوى المدنية بالتقادم ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة .	١٩٨
من حيث حجية الحكم .	
المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .	١٩٩

الموضوع	صفحة
أولاً : تعديل أحكام المسئولية .	٢٠٠
ثانياً : الأهلية المطلوبة .	٢٠٠
ثالثاً : نطاق التعويض .	
رابعاً : من حيث الاثبات .	٢٠١
خامساً : من حيث افتراض التضامن .	
سادساً : مدة التقادم .	٢٠١
عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئولتين .	٢٠٢
الفصل الأول : المسئولية عن الأعمال الشخصية .	٢٠٤
المبحث الأول : الخطأ في المسئولية التقصيرية .	
ضوابط فكرة الخطأ في القانون .	٢٠٦
التعريف بالخطأ في فقه القانون .	
حقيقة الخطأ في اللغة واصطلاح الفقهاء .	٢١٠
في الاصطلاح القانوني .	٢١١
أركان الخطأ في فقه القانون .	٢١٢
(١) الركن المادي .	
الواجبات القانونية غير المنصوص عليها .	٢١٤
الاتجاه الأول : يرى الاستناد إلى المبادئ العامة للقانون .	
نقد اتجاه الاستاذ بلانيول .	٢١٥
الاتجاه الثاني : الاستعانة بقواعد الأخلاق .	
نقد رأي الأستاذ سافاتييه .	٢١٦
الاتجاه لفكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الإضرار بالغير بأمرين .	
أولهما : الإخلال بحق الغير .	٢١٧

الموضوع	صفحة
ثانيهما : القصور عن عناية الرجل اليقظ .	٢١٩
حالات الإباحة في الخطأ .	٢٢٠
أولاً : حالة الدفاع الشرعي .	
ثانياً : حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس .	٢٢٢
ثالثاً : حالة الضرورة .	٢٢٤
الفرق بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة .	٢٢٥
الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك) .	٢٢٦
مسئولية الشخص المعنوي .	٢٢٨
تطبيقات عملية للخطأ .	٢٢٩
أولاً : الخطأ في العدول عن الخطبة .	
شروط الخطأ في العدول عن الخطبة .	
أولاً : أن يكون الضرر مصاحبا للعدول لا ناشئاً عنه .	
معيار تقدير الخطأ الشخصي .	٢٣١
ثانياً : أن يكون الخطأ فعالاً .	٢٣٣
(١) تفريط المعتدى عليه في حق نفسه .	٢٣٤
(أ) حديث المعتدي عليه عن نفسه .	
(ب) الرضا بوقوع الخطأ .	٢٣٥
(٢) دفاع المخطئ عن نفسه .	٢٣٦
شرطان لتوافر الاباحة في الخطأ .	٢٣٧
أولهما : أن يكون فعل المخطئ مسبوقاً بالتعدي من الطرف الآخر .	
ثانيهما : أن يكون الدفاع بقدر التعدي .	٢٣٨
(٣) أن يكون إتيان الخطأ لمصلحة عامة .	٢٣٩

الموضــــوع	صفحــة
ثانيا : الخطأ في مجال انتحال المؤلفات .	٢٤١
ثالثاً : حوادث النقل .	٢٤٢
رابعاً : حوادث العمل .	٢٤٣
خامساً : الأخطاء المهنية للأطباء وغيرهم .	
المبحث الثاني : الضرر في المسئولية التقصيرية .	٢٤٦
الضرر المادي والضرر الأدبي .	٢٥٠
أولاً : الضرر المادي .	٢٥١
ثانياً : الضرر الأدبي .	٢٥٢
محل الحماية المقصود بتقرير المسئولية عن الضرر الأدبي .	٢٥٣
ارتباط الضرر المادي بالضرر الأدبي .	٢٥٤
المبحث الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر .	٢٥٦
المطلب الأول : انعدام السببية لقيام سبب أجنبي .	٢٥٩
الفرع الأول : القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .	
شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .	٢٦٠
أولاً : أن يكون الحادث غير متوقع .	
ثانياً : أن يؤدي إلى الاستحالة المطلقة للتنفيذ .	
ثالثاً : أن يكون الحادث أو القوة القاهرة مستحيل الدفع .	٢٦١
الفرع الثاني : خطأ المضرور .	٢٦٢
أولهما : استغراق أحد الخطأين للآخر .	
ثانيهما : رضاء المضرور بالضرر .	٢٦٣
الثانية أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر .	٢٦٤
الخطأ المشترك بين المضرور والمسئول .	

الموضوع	صفحة
الفرع الثالث : خطأ الغير .	٢٦٦
المطلب الثاني : انعدام السببية لكون السبب غير منتج أو غير مباشر .	٢٦٧
أولاً : نظرية تكافؤ الأسباب .	٢٦٨
ثانياً : نظرية السبب المنتج .	
الضرر المباشر .	٢٧٠
المبحث الثاني : آثار المسئولية التقصيرية .	٢٧٢
المطلب الأول : تعويض الضرر المادي .	
أولاً : طريقة التعويض عن الضرر الأدبي .	
(١) التعويض العيني .	٢٧٣
(٢) التعويض بمقابل نقدي أو غير نقدي .	٢٧٤
(أ) التعويض بمقابل غير نقدي .	
(ب) التعويض بمقابل نقدي .	٢٧٥
ثانياً : كيفية تقدير التعويض في الضرر المادي .	٢٧٦
الظروف الشخصية للمسئول وأثرها في تقدير التعويض .	٢٧٩
الوقت الذي يقدر فيه الضرر .	٢٨٢
المطلب الثاني : التعويض عن الضرر الأدبي .	٢٨٤
أولاً : موقف التشريعات المعاصرة من تعويض الضرر الأدبي .	
إجماع الفقه على جواز التعويض عن الضرر الأدبي .	٢٨٧
الضرر الأدبي في التقنينات العربية الجديدة .	٢٨٩
ثانياً : أنواع التعويض عن الضرر الأدبي .	٢٩٤
(١) التعويض العيني للضرر الأدبي .	٢٩٦
حق الرد أو حق التصحيح .	٢٩٧

الموضـــــوع	صفحـــة
المساس بالحق الأدبي في كتاب .	٢٩٩
(أ) شروط الحكم بالتعويض العيني .	٣٠٠
(١) أن يكون الحكم بالتعويض العيني ممكناً .	٣٠٠
(٢) أن يكون التعويض العيني غير مرهق للمدين .	
(٣) أن يكون التعويض العيني ملائماً .	٣٠١
(٤) أن يطلب المضرور التعويض العيني .	
الفصل الثاني : المسئولية عن عمل الغير .	٣٠٢
المبحث الأول : مسئولية متولى الرقابة .	
شروط مسئولية متولى الرقابة .	٣٠٣
الشرط الأول : ولاية الرقابة من شخص على آخر (المسئول) .	
الشرط الثاني : صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرقابة (موضوع المساءلة) .	٣٠٥
أساس مسئولية متولي الرقابة .	٣٠٦
(١) أن ينفي الخطأ المفترض من جانبه ومن ثم ينعدم ركن الخطأ .	
(٢) أن يثبت السبب الأجنبي المؤدي إلى حصول الضرر ومن ثم ينعدم ركن السببية .	
مسئولية متولي الرقابة اساسها اسلامي .	٣٠٧
المبحث الثاني : مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .	٣٠٩
شروط مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه .	
أولاً : وجود رابطة التبعية .	٣١٠
ثانياً : أن يقع الخطأ من التابع .	٣١١
ثالثاً : أن يقع الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها .	

الموضوع	صفحة
أساس مسئولية المتبوع .	٣١٢
رأينا في الموضوع .	٣١٤
الفصل الثالث : المسئولية عن الأشياء .	٣١٤
المبحث الأول : حراسة الحيوان .	٣١٥
شروط مسئولية حارس الحيوان .	٣١٦
أولهما : حراسة الحيوان .	
ثانيهما : أن يحدث من حيوان ضرر للغير .	٣١٧
أساس مسئولية حارس الحيوان .	
المبحث الثاني : مسئولية حارس البناء .	٣١٨
شروط مسئولية حارس البناء .	
الشرط الأول : حراسة البناء .	
الشرط الثاني : أن يكون الضرر ناشئاً عن تهدم البناء .	٣١٩
أساس مسئولية حارس البناء .	٣٢٠
المبحث الثاني : مسئولية حارس الأشياء .	٣٢١
شروط مسئولية حارس الأشياء .	
الشرط الأول : حراسة الشيىء .	
الشرط الثاني : أن تحتاج حراسة الشيىء لعناية خاصة .	٣٢٢
الشرط الثالث : أن يحدث الضرر من الشيىء .	٣٢٣
أساس مسئولية حارس الأشياء .	٣٢٤
الباب الثاني : الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب .	٣٢٥
الفصل الأول : المبادئ العامة للإثراء بلا سبب .	
الشروط العامة للاثراء بلا سبب .	

الموضوع	صفحة
أولاً : إثراء المدين .	
ثانياً : افتقار الدائن .	٣٢٧
رابعاً : انعدام السبب .	٣٢٨
أحكام الاثراء بلا سبب .	٣٢٩
تقادم دعوى الاثراء بلا سبب .	٣٣١
الفصل الثاني : تطبيقات مبدأ الاثراء بلا سبب .	٣٣٢
المبحث الأول : دفع غير المستحق .	
ثانياً : أن يكون الوفاء قد حصل عن غلط .	٣٣٣
أحكام دفع غير المستحق .	٣٣٥
(١) إذا كان المدفوع له حسن النية وقت الوفاء .	
(٢) إذا كان المدفوع له سيىء النية وقت الوفاء .	٣٣٦
الحالات المستثناة من رد غير المستحق .	
أولاً : حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل .	
ثانياً : حالة الوفاء لناقص الأهلية .	٣٣٧
ثالثاً : سقوط الحق في الاسترداد .	
(٢) تقادم دعوى استرداد ما دفع بغير حق .	٣٣٨
المبحث الثاني : الفضالة .	٣٣٩
شروط قيام الفضالة .	
أولاً : أن يقوم الفضولي بعمل من أعمال الفضالة .	
ثانياً : الصفة العاجلة للعمل موضوع الفضالة .	٣٤٠
ثالثاً : أن يقصد الفضولي مصلحة رب العمل .	
رابعاً : أن يقوم الفضولي بعمل لم يكن ملزما له .	٣٤١

الموضوع	صفحة
الأحكام الناشئة عن الفضالة .	٣٤٢
المطلب الأول : التزامات الفضولي .	
أولاً : أن يمضي في العمل الذي بدأه .	٣٤٢
ثانياً : إخطار الفضولي لرب العمل ليتدخل متى استطاع .	٣٤٣
ثالثاً : أن يبذل في عمله عناية الشخص المعتاد .	
رابعاً : يجب على الفضولي تقديم حساب لرب العمل .	٣٤٥
أثر الأهلية على مسئولية الفضولي .	
أثر الموت على التزامات الفضولي .	٣٤٦
المطلب الثاني : التزامات رب العمل .	٣٤٧
تقادم الحقوق الناشئة عن الفضالة .	٣٤٩
الباب الخامس : القانون .	٣٥٠
النص هو الذي ينشئ الالتزام ويحدد أركانه وأحكامه .	٣٥١
تطبيقات القانون كمصدر مباشر للالتزام .	٣٥٢

" تم بحمد الله وتوفيقه "

رقم الايداع بدار الكتب المصرية
٢٠٠٢/٣٧٩٢